المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

اعتنى بتصحيحه وتحقيقه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثامن عشر

إدارة القرآن مجلس العلمي

الفصل التاسع عشر

في الصلح عن الحقوق التي ليست بمال

١٧٩٠٦ - وإذا وقع الصلح بين الشفيع والمشتري، فهو على وجوه: إما أن يصالح على أن يأخذ نصف المشتري، أو ثلثه، أو ربعه بما يخصه من الثمن إذا قسم الثمن عليه على أن يسلم الشفعة في الباقي، أو يصالحه على بيت بعينه بما يخصه من الثمن إذا قسم الثمن عليه، وعلى البيع على أن يسلم الشفعة في الباقي، أو يصالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يأخذها من المشتري، فإن صالح على أن يأخذ نصف المشتري، أو ثلثه، أو ربعه على أن يسلم الشفعة في الباقي كان جائزاً، ولا إشكال في جواز هذا الصلح؛ لأنه يعتبر آخذاً بالشفعة، أو شراء مبتدأ، وأي ذلك ما اعتبر يكون جائزاً؛ لأن المأخوذ معلوم، وهو نصف الدار، أو ثلثها، أو ربعها، وما يؤدي من الثمن معلوم يقيناً، فيكون جائزاً، فلا إشكال في جواز هذا الصلح، إنما الإشكال في أنه يعتبر آخذاً ما أخذ بالشفعة حتى لا يتجدد للشفيع الشفعة فيما أخذ، ويصير كأنما أخذه بشراء مبتدأ حتى يتجدد الشفعة للشفيع فيه أخذه مرة أخرى.

والجواب فيه على التفصيل: إن وجد هذا الاصطلاح منهما بعدما تأكد حق الشفيع بالطلب، بأن وجد من الشفيع طلب المواثبة، وطلب الإشهاد، فإنه يعتبر آخذاً النصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما أخذ الشفعة مرة أخرى، ويعتبر مسلماً الشفعة في النصف حتى لو كان هذا الشفيع شريكاً في المبيع، أو في الطريق كان للجار أن يأخذ النصف الذي لم يأخذه هذا الشفيع بالشفعة.

وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع، فإنه يعتبر آخذاً النصف بشراء مبتدأ، ويتجدد فيما أخذ بالشفعة، وإنما كان كذلك لأنا نجعل هذا الصلح مبتدأ على

أخذ النصف في الفصلين بمنزلة طلب النصف ، إلا أنه متى طلب النصف قبل تأكد حقه بالطلب ، وسلم المشتري إليه النصف يصير مسلمًا الشفعة في الكل ، ويصير آخذًا النصف بشراء مبتدأ ؛ لأن طلب النصف منه ، وليس له طلب النصف بمنزلة عدم الطلب ، ولو سكت عن الطلب بطل حقه في الشفعة ، فمتى ما سلم المشتري إليه شيئًا يكون ذلك أخذًا بشراء مبتدأ ، فكذلك إذا اصطلحا على أخذ النصف ، وبعد ما تأكد حقه في الشفعة ، لو طلب الأخذ في النصف ، لا يبطل حقه ؛ لأن طلب الأخذ في النصف ، وليس له ذلك نفيًا للضرر عن المشتري ، والسكوت سواء ، ولو سكت عن الطلب لا يبطل حقه ، فكذا ههنا ، وإذا لم يبطل حقه ، صار المشتري مسلمًا النصف ، وله حق الشفعة ، فيكون آخذًا بالشفعة ، لا بشراء مبتدأ .

هذا إذا اصطلحا على النصف ، أو الثلث ، فأما إذا اصطلحا على أن يأخذ بيتًا منها بعينه بما يخصه من الثمن ، ويسلم الشفعة في الباقي ، كان الصلح باطلًا ، ولا شك في بطلان الصلح ؛ لأنه إما أن يعتبر هذا أخذًا بالشفعة ، أو شراء مبتدأ ، وأي ذلك ما كان فإنه لا يصح متى كان ثمنه مجهولًا ، وهنا ثمن البيت مجهول ؛ لأن حصة البيت لا تعرف إلا بالحزر ، والظن ، ولا إشكال في هذا[1] ، وإنما الإشكال في بطلان شفعته ، والجواب في بطلان شفعته على التفصيل الذي ذكرنا : إن كان هذا الصلح قبل تأكد حقه بالطلبين بطل حقه في الشفعة ؛ لأن طلب البعض قبل تأكد حقه ، والسكوت عن الطلب سواء ، وإن كان بعد تأكد حقه بالطلبين ، كان على شفعته في جميع الدار ، إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ؛ لأنه إنما سلم الشفعة في الباقي بعد ما تأكد حقه بشرط أن يسلم له البيت ، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح التسليم فكان على حقه .

فأما إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة ، يعطيه المشتري كان الصلح باطلًا ؛ ويصير مسلمًا للشفعة ، أما الصلح باطل ؛ لأنه اعتياض عن حق الشفعة ، وإنه باطل على ما بين في كتاب الشفعة على الاستقصاء ، ويصير مسلمًا للشفعة ، وإن كان التسليم بشرط العوض ، ولم يسلم له العوض .

١٧٩٠٢ - فرق بين هذا وبينما إذا وقع الصلح بينهما على أن يأخذ بيتًا منها بما

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في "م" و"ف": والإشكال في هذا، وفي "ط": ولا إشكال

واعتبار الآخر ، فلابد أن يلغى الزيادة على الثمن الذي قام على المشتري ، حتى يصير آخذاً بالشفعة كما قصد ، أو تثبت الزيادة ، ويلغى الأخذ بالشفعة ؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء بمثل الثمن الذي قام على المشتري ، لا بالزيادة ، فنقول : إثبات الزيادة وإلغاء الأخذ بالشفعة أولى من اعتبار الأخذ بالشفعة وإلغاء الزيادة ؛ لأنه متى ألغينا الزيادة لا يحصل ما هو المقصود من الزيادة ولا الأخذ بالشفعة ؛ لأن المقصود من الزيادة تملك الزيادة ، ولا يحصل تملك الزيادة متى اعتبرنا الأخذ بالشفعة ، فإن الزيادة لا تسلم للمشتري ، ومتى اعتبرنا الزيادة ، واعتبرناه شراء مبتدأ ، وألغينا جهة الأخذ ، وهو الأخذ بالشفعة لا يفوت ما هو المقصود من الأخذ بالشفعة ؛ لأن المقصود من الأخذ بالشفعة تملك الدار ، وذلك يحصل بالشراء ابتداء ، فلهذا جعل الأخذ بالزيادة شراء مبتدأ ، ولم يجعل أخذاً بالشفعة .

١٧٩٠٩ - ولو أن رجلاً ادعى داراً في يدي رجل حقاً ادعاها كلها ، فصالحه على دراهم مسماة دفعها المدعى عليه إلى المدعي ، وسلم الدار للمدعى عليه ، فأراد الشفيع أخذها بالشفعة من ذي اليد ، لم يكن له ذلك ؛ لأن الذي في يده الدار زعم أنه لم يملك هذه الدار من جهة المدعي ، بل كان مالكاً من الأصل ، وأنه إنما بذل المال فداء عن اليمين ، والشفيع يقول : لا ، بل ملكت هذه الدار من جهة المدعي ، ولي حق الشفعة ، فيكون القول قول المدعى عليه ؛ لأن الظاهر يشهد له ، فإن الدار في يده ، واليد تدل على الملك ، وأبداً يجعل القول قول من يشهد له الظاهر .

وهذا بخلاف ما لو وقع الصلح على أن يعطي المدعي دراهم ليأخذ الدار من المدعى عليه ، فأخذ ، وأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة ، فقال المدعي : كان هذا ملكي في الأصل ، وإنما بذلت ما بذلت لاستخلاص ملكي ، والشفيع يقول : لا ، بل تملكت هذه الدار مني من جهة المدعى عليه ، كان القول قول الشفيع ، وله أن يأخذها بالشفعة ؛ لأن الظاهر يشهد للشفيع ؛ فإنها كانت في يد المدعى عليه ، وظاهر اليد يدل على الملك ، وأبداً القول قول من يشهد له الظاهر ، فالمعنى الذي له ، ولأجله جعلنا القول قول المدعى عليه في المسألة الأولى ، يوجب هنا أن يكون القول قول الشفيع في هذه المسألة .

٢٢٩١١ - وإذا وقع الصلح عن الكفالة بالنفس على دراهم، ولم يجب الصلح فيها، هل تبطل الكفالة بالنفس؟ فيه روايات: في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة وبعض نسخ الصلح من رواية أبي حفص: يبطل، وبه يفتى، وفي الصلح من رواية أبي سليمان: لا يبطل، فعلى رواية أبي سليمان تقع الحاجة إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين الشفعة، فإذا وقع الصلح عن الشفعة على دراهم مسماة حتى لم يجز الصلح، تبطل الشفعة باتفاق الروايات كلها.

الفصل العشرون

في الشهادة على الصلح، وفي الصلح عن الشهادات وفي الاختلاف الواقع في الصلح، يدخل فيه بعض مسائل الإبراء

١٧٩٦١ - وإذا ادعى رجل في دار رجل دعوى، فأقام الذي في يديه الدار شاهدين أن المدعي صالحه على شيء رضي به منه، ودفعه إليه، فهو جائز؛ لأن الذي في يده الدار، لو ادعى أنه اشترى منه هذه الدار بثمن معلوم، ودفعه إليه، فأقام على ذلك شاهدين، جاز، وإن لم يسميا مقدار الثمن؛ لأن القاضي لا يحتاج إلى القضاء(١) بالثمن على المشتري متى كان الثمن مقبوضاً حتى يحتاج الشاهد إلى إعلام الثمن، وإنما يحتاج إلى القضاء بالبيع للمشتري، والبيع معلوم يمكنه القضاء به، فقبلت الشهادة، وإن لم يسميا مقدار الثمن، فكذا الصلح متى شهدا أن المدعي قبض بدل الصلح، ولم يسميا مقداره، قبلت شهادتهما؛ لأن القاضي لا يحتاج إلى القضاء ببدل الصلح على الذي في يده الدار ليحتاج الشاهد إلى إعلام البدل، إنما يحتاج إلى القضاء بقطع خصومة المدعي عن الدار إن وقع الصلح عن إنكار، وإلى القضاء بالملك إن كان عن إقرار، والدار معلوم يمكنه القضاء به، فتقبل شهادتهما، وإن لم يسميا مقدار الثمن.

١٧٩٦٢ - فرق بين هذا وبينما إذا كان هذا المدعي من الدار شيء، والذي في يده الدار يجحد ذلك، فأقام المدعي شاهدين على المدعى عليه أنه صالحه معه بشيء رضي به، ولم يدفع إليه، فإنه لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القاضي هنا يحتاج إلى أن يقضي على الذي في يده الدار ببدل الصلح، ولا يمكن القاضي القضاء به متى لم يسميا مقداره؛ لأنه لا يدري بأي قدر يقضي، فعجز عن القضاء بهذه الشهادة فلا يقبلها، وكان بمنزلة ما لو ادعى أنه باع منه هذه الدار بثمن معلوم، ولم يشهدوا بقبض الثمن، وهناك لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القاضي لا يمكنه القضاء بالثمن على المشتري، والقضاء بالثمن على المشتري محتاج إليه، فكذلك في الصلح.

(١) هكذا في نسخة، وفي نسخة أخرى: القاضي

قال: فإن سمى أحدهما دراهم، ولم يسم الآخر شيئًا، وشهدا على استيفاء بدل الصلح، فإنه يقبل يقبل هذه الشهادة، ألا ترى أن ذا ادعى الذي في يده الدراهم الشراء منه، وأقام البينة على هذا الوجه، تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما لو لم يسميا الثمن أصلاً، قبلت شهادتهما إذا شهدا على القبض، فإذا سمى أحدهما، ولم يسم الآخر أولى أن يقبل، فكذا في الصلح.

فإن قيل: يجب أن لا يقبل إذا سمى أحدهما، ولم يسم الآخر؛ لأنه لو سئل الآخر ربما يسمي أكثر مما سماه الآخر، أو أقل، أو جنسًا آخر غير ما سماه الأول، فيصير المشهود به عقدين مختلفين؛ لأن عقد الصلح على مائة غير الصلح عن مائة وخمسين، وليس على كل واحد منهما إلا شهادة شاهد واحد.

والجواب عنه: أنهما شهدا بعقد واحد من حيث الحقيقة، ولو صار المشهود به عقدين، إنما يصير إذا اختلفا في التسمية، ولم يثبت اختلافهما في التسمية؛ لأن الآخر لو سئل ربما سمى مثل ما سماه هذا، فلا يصير المشهود به عقدين، ويجوز أن يسمي بأكثر مما سماه هذا، أو أنقص فيصير المشهود به عقدين، فلا يصير المشهود به عقدين بالشك، والاحتمال بعد ما كان المشهود به عقدًا واحدًا من حيث الحقيقة.

ألا ترى أنهما لو لم يسميا قبلنا شهادتهما، وإن كانا لو سميا ربما اختلفا في مقدار الثمن فيصير المشهود به عقدين، وذلك مانع من قبول الشهادة، وإن شهدا على القبض ولكن قيل: ربما يتفقان[1] على المقدار، فلا يصير المشهود به عقدين بالوهم، والاحتمال بعد ما شهدا بعقد واحد من حيث الحقيقة، فكذا هذا.

١٧٩١٣ - هذا الذي ذكرنا إذا سكتا عن التسمية، أو سمى أحدهما، ولم يسم الآخر، فأما إن سميا، واختلفا في مقدار المسمى شهد أحدهما أنه صالحه على مائة، وشهد الآخر أنه صالحه على مائة وخمسين، فهذا على وجهين: إن كان المدعي للصلح هو المدعي للدار قبلت هذه الشهادة إذا كان المدعي يدعي أكثر المالين، وإن كان المدعي هو المدعى عليه الدار لا تقبل هذه الشهادة سواء شهدا بالقبض على المدعي، أو لم يشهدا، فقد أجاب في هذه المسألة على عكس ما أجاب في المسألة الأولى، فإنه قال في

(١) وفي م: ينقصان، وفي ف: يتفقان

المسألة الأولى : إن كان المدعي للصلح المدعى عليه الدار تقبل ، وإن كان المدعي للصلح المدعي للدار ، لم يقبل ، وإنما فعل هكذا ؟ لأن المانع من قبول الشهادة في تلك المسألة ليس هو اختلاف الشهود في المشهود به ، فإن المشهود به عقداً واحداً ، متى لم يختلف في التسمية ، إنما المانع من قبول الشهادة هو الحاجة إلى القضاء ببدل الصلح على المدعى عليه ، ولا حاجة إلى القضاء عليه ببدل الصلح متى كانت الدعوى من جهة المدعى عليه ، وقد شهد شهوده على المدعي بقبض بدل الصلح ، وإذا كان الدعوى من المدعي وقعت الحاجة إلى القضاء ببدل الصلح على المدعى عليه ؛ لأن قبضه بدل الصلح لم يثبت ، ولا يدري القاضي بأي قدر يقضي ، فلهذا قال في المسألة الأولى : إن المدعي للصلح متى كان هو المدعى عليه الدار تقبل ، وإذا كان المدعي للصلح المدعي للدار لم تقبل ، فأما المانع من قبول الشهادة في هذه المسألة اختلاف الشاهدين فيما شهدا به ؛ لأنهما شهدا بعقدين مختلفين ؛ لأن الصلح بمائة غير الصلح بمائة و خمسين إلا أن المدعي للصلح متى كان هو المدعي للدار ، لا حاجة إلى القضاء بالعقد ؛ لأن القضاء بالعقد إما لبراءة المدعى عليه عن دعوى المدعي في الدار ، أو لإثبات المال للمدعي ، ولا حاجة إلى القضاء بالعقد لإثبات البراءة للمدعى عليه ؛ لأن المدعي مما يملك براءة المدعى عليه بمجرد إقراره ، وقد أقر ببراءة المدعى عليه عن دعواه في الدار حين ادعى الصلح ، وإذا وقعت البراءة بإقرار المدعي ؛ لأنه مما يتفرد[1] بالبراءة استغنى عن القضاء بالعقد لإثبات البراءة ، وكذلك لا حاجة إلى القضاء بالعقد لإثبات المال للمدعي ؛ لأن دعوى مطلق المال ، والقضاء به صحيح ، كما أن دعوى المال بسبب ، والقضاء به صحيح ، فكأنه ادعى مالا مطلقاً عن السبب ، وقد شهد له أحدهما بمائة ، والآخر بمائة وخمسين ، وهو ادعى الأكثر ، ومتى كان المدعي للصلح المدعى عليه الدار فالحاجة إلى القضاء بالعقد ؛ لأن حاجته إلى إثبات البراءة ، وإنه لا يثبت من جهته ، وإنما يثبت من جهة المدعي بالصلح ، فلا بد من القضاء بالعقد ، وقد تعذر القضاء بالعقد ؛ لأنهم شهدا بعقدين مختلفين ، وليس على واحد منهما شهادة شاهدين ، فلهذا كان الجواب في المسألة الأخيرة على العكس من المسألة الأولى .

ونظير المسألة الأخيرة ما قالوا : في باب العتق والطلاق إذا اختلف الشاهدان في

---

(١) هكذا في "ظ" ، وكذا في "ف" و "م" : يتفرد ، وفي الأصل : ينفرد .

مقدار المسمى شهد أحدهما بمائة ، والآخر بمائة وخمسين إن كان المدعي للعتق ، والطلاق المولى ، والزوج ، قبلت شهادتهما إذا كان يدعي أكثر المالين ؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات العتق ، والطلاق إذا كانت الدعوى من المولى ، والزوج ، فإنهما يملكان إثبات ذلك بأنفسهما ، إنما حاجتهما إلى إثبات المال ، ومثله لو كانت الدعوى من جانب العبد ، والمرأة ، لا تقبل ؛ لأن حاجتهما إلى إثبات العتق ، والطلاق ، والعتق بمائة غير العتق بمائة وخمسين ، والطلاق كذلك ، فهذا كذلك .

وهذا بخلاف البيع ، والإجارة ؛ لأن ما يدعي أحدهما لا يثبت بمجرد إقراره ؛ لأنه لا يملك إثباته بنفسه ، وإنما يملك إثباته بالعقد ، فأما البراءة مما يتفرد المدعي إثباته بنفسه ، فكان نظير الطلاق والعتاق ، لا نظير البيع .

قال : وإذا شهد شاهد على معاينة[1] الصلح ، والآخر على إقراره قبلت ؛ لأن قوله : صالحت يصلح للإنشاء ، والإقرار كقوله : بعت ، وفي البيع إذا شهد أحدهما على إنشاء البيع ، والآخر على الإقرار قبلت ؛ لأن صيغة الإقرار ، والإنشاء يتفق في باب البيع ، فكذا هذا .

١٧٩١٤ - قال : وإذا صالح الرجل الشاهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه بكذا ، أو كذا ، ويكتم الشهادة ، كان الصلح باطلا ؛ لأنه أخذ مالا لإقامة المعصية ، فإنه أخذ المال ليكتم الشهادة ، وكتمان الشهادة معصية ، وأخذ المال لإقامة المعصية رشوة ، وإنه حرام ، فكان بمنزلة ما لو أخذ مالا من إنسان ليزني ، أو ليشرب الخمر ، ولأن الشهادة حق لصاحب الحق قبل الشاهد ، فإذا أخذ مالا ليكتمها ، فإنما أخذ مالا لإبطال حق الغير ، وأخذ المال لإبطال حق الغير لا يجوز ، فإن أقر الشاهد بهذا عند القاضي ، لم يجز شهادته ؛ لأنه أقر بفسقه ، والشاهد متى أقر بفسقه لا تقبل شهادته ما لم يحدث توبة ، وإن ادعى المشهود عليه ذلك ، وجحد الشاهد ، وقال : ما أخذت منك مالا لأكتم الشهادة عليك ، فإن القاضي يقبل شهادته ؛ لأن فسقه لا يثبت بمجرد دعوى المشهود عليه ، وإذا لم يثبت فسقه بمجرد دعواه ، بقي عدالته[2] ، فإن أقام المشهود عليه البينة أنه

---

(١) هكذا في ظ ، وفي ف : معاينة ، وفي م : معاينة ، وفي الأصل : معا .

(٢) وفي م : بقي عدالته

أخذ مالاً مني لئلا يشهد علي بما يشهد، هل يقبل القاضي بينة المشهود عليه، وتبطل شهادته؟ فهذا على وجهين: إما إن أقام البينة قبل رد المال إليه، أو بعد رد المال إليه، فإن أقام البينة قبل رد المال إليه، فإنه تقبل بينة المشهود عليه، ولا تقبل شهادة شهود المدعي؛ لأن المشهود عليه ادعى مالاً على الشاهد، وأنكر الشاهد ذلك، فلا بد له من إثبات ذلك عليه بالبينة، وإذا قبلت بينته في حق إثبات المال عليه ثبت جرحه، فلا يقبل القاضي شهادته، وإن أقام البينة بعد رد المال إليه، لا تقبل منه، وتقبل شهادة الشاهد؛ لأنه بهذه الشهادة ليس يثبت عليه مالاً لنفسه، إنما يثبت عليه مجرد الجرح، ومجرد الجرح مما لا يقبل البينة عليه.

١٧٩١٥ – وفي «نوادر إبراهيم بن رستم» عن محمد: رجل في يديه دار، ادعاها رجل، فصالحه المدعى عليه على نصفها، وقال: هو يعني المدعي برئت من النصف الباقي، أو قال: برئت من دعواي في النصف الباقي، أو قال: لا حق لي في النصف الباقي، ثم أقام البينة على جميع الدار، لم تقبل بينته.

ولو قال: صالحتك على نصفها على أن أبرأتك من دعواي في النصف الباقي، ثم أقام بينة أخذ الدار كلها، ففرق بين قوله: برئت، وبين قوله: أبرأتك.

قال: ألا ترى أن عبداً في يدي رجل، لو قال له رجل: برئت منه، كان بريئاً منه، ولو قال: أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه عن ضمانه.

وقال أصحابنا: إذا قال: أنا منك بريء، وأنت مني بريء، كان له أن يدعي في العبد، ولا يبرأ منه، وهو قول محمد.

ويعد هذا متصلاً بهذه المسائل: رجل صالح رجلاً على نصف دار على أن يبرأ عن النصف الباقي، أو قال: صالحتك على أن لا حق لي في النصف الباقي، ففعل ذلك، ثم أقام البينة على الدار كلها يقضى له بجميع الدار إلا أن يكون قال بعد الصلح: لا حق لي في النصف الباقي على وجه الإقرار.

١٧٩١٦ – وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، فأقام رب الدين بينة أنه صالحه منها على مائة درهم، وهذا الثوب، وأقام

المطلوب بينة أنه أبرأه منها، فالبينة بينة الصلح، قال: لأني أجيزه[١] في الثوب، فإذا أجزته في الثوب أجيز في المائة[٢]، لا أجيزه في بعضه، وأبطله في بعضه، ولو أقام الطالب بينة أنه صالحه منها على مائة فقط[٣]، كانت بينة البراءة أولى؛ لأنه ليس فيها غير الألف.

قال أبو الفضل: ذكر مسألة الثوب في موضع آخر، وقال: تقبل بينة الطالب على الثوب خاصة، وبينة المطلوب على البراءة، وفي "المنتقى": رجل له على رجل ألف درهم، وهو مقر به، فقال الطالب: صالحتك على خمسمائة تؤديها على أن أبرأتك من المال، وقال المطلوب: صالحتني على أربعمائة، وأقاما البينة، ووقتا وقتًا واحدًا، أو وقتين، أو لم يوقتا، فالبينة بينة المطلوب في جميع ذلك -والله أعلم-

(١) وفي الأصل: لا أجيزه.

(٢) وفي الأصل و"ف": أجزته في المائة.

(٣) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"ف": [illegible]

الفصل الحادي والعشرون

في الصلح في السلم

١٧٩١٧ - قال أبو حنيفة رحمه الله : لا بأس بأن يصالح الرجل في السلم على أن يأخذ نصف رأس ماله ، ونصف سلمه بعينه ؛ لأنه متى صالحه على نصف رأس المال ، وعلى أن يأخذ منه نصف سلمه ، فقد أقال السلم في النصف ؛ لأن الصلح على رأس مال السلم إقالة ، واستوفى به نصف السلم ، ولو استوفى منه جميع السلم جاز ، ولو أقال السلم في الجميع جاز ، فإذا أقال في النصف ، واستوفى في النصف ، كان جائزا ، ثم إن محمدا جوز الإقالة بلفظ الصلح إذا كان الصلح[1] على رأس المال ، ولم يجوز الإقالة بلفظ البيع ، وإن كان مضافا إلى رأس المال ، بأن قال رب السلم : بعتك السلم برأس المال ، فإنه لا يجوز ، فلا يجعل إقالة ، وإذا صالحتك عن السلم على رأس المال ، كان إقالة .

ووجه الفرق بينهما أن الصلح محتمل معنى الإقالة ، فإن الإقالة لرفع العقد ، وفي الصلح معنى الرفع ؛ لأن الصلح ، والمسالمة سواء .

قال الله تعالى : ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾[2] الآية .

وفي المسالمة رفع المنازعة ، فكان في الصلح ما ينبئ عن الرفع فصلح لفظة الصلح عبارة عن الإقالة التي فيه رفع العقد ، وليس في لفظة البيع ما ينبئ عن الرفع ، إنما البيع لإثبات مبتدأ من الجانبين ، ليس فيه ما ينبئ عن الرفع ، فلم يصلح كناية عن الإقالة التي فيها رفع العقد ، فلهذا جوزنا الإقالة بلفظ الصلح ، ولم نجوزها بلفظة البيع .

١٧٩١٨ - قال : وإذا كان لرجل على رجل ثوب هروي مسلم ، فصالحه على نصف رأس المال ، وعلى أن يعطيه نصف السلم حتى جاز الصلح ، فجاء بها المسلم إليه

(١) وفي الأصل : الصار .

(٢) سورة الأنفال ، الآية ٦١

نصف ثوب مقطوع، ثم يجبر على أخذه؛ لأنه أتى بأنقص مما عليه، فيتخير رب السلم، كما لو كان المسلم فيه ثوب جيد، فأتاه بثوب رديء. وإنما قلنا: ذلك لأن حق رب السلم بقي في نصف ثوب شائع؛ لأنه كان في ثوب كامل، إلا أنه أقاله في نصف الثوب مطلقًا، وتسمية النصف مطلقًا ينصرف إلى نصف شائع، كما لو باع منه نصف الثوب، وإذا انصرفت الإقالة إلى نصف ثوب شائع بقي حقه في نصف شائع، ونصف ثوب مقطوع أنقص من نصف شائع؛ لأن النصف المقطوع من الثوب لا يشترى بمثل ما[1] يشترى به النصف شائعًا؛ لأن المذرعان من ثوب واحد مما يتفاوت بعضه يكون أجود من بعض، ولهذا قالوا: فيمن اشترى ثوبًا بمائة درهم، فقطعه نصفين، ثم أراد أن يبيع النصف المقطوع على نصف الثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه بالقطع أحدث نقصانًا فيه، ولو باع نصف الثوب شائعًا بنصف الثمن[2] قبل القطع جاز، وإذا كان ما أتى به جنس حقه، إلا أنه أنقص من حقه، يتخير رب السلم، فإن شاء قبل ذلك منه، وإن شاء لم يقبل حتى يأتيه بثوب صحيح.

١٧٩١٩- قال: وإذا كان السلم إلى أجل، فصالحه على أن يأخذ نصف رأس ماله، ويكون نصف السلم فيه، ويعجل له نصف السلم قبل الأجل، فإن التعجيل باطل؛ لأنه جعل التعجيل شرطًا في الإقالة، فإنه زيادة شرط مع نصف رأس المال، فإن المعجل أزيد من المؤجل، فيعتبر بما لو زاد على رأس المال من حيث المقدار بأن كان رأس المال مائة، فأقاله السلم على مائتي درهم، وهناك لا تثبت الزيادة بالإجماع، وتقع الإقالة بمثل رأس المال بالإجماع، فههنا كذلك، والإقالة جائزة، وإن شرط فيها شرطًا فاسدًا لا تقتضيه الإقالة، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة؛ لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، والإقالة في هذا تخالف البيع، فالبيع يبطل بالشروط الفاسدة، والإقالة لا تبطل، والفرق عرف في كتاب البيوع.

١٧٩٢٠- ولو كان السلم كر حنطة حال، وكر شعير إلى الأجل، وصورته إذا سلم إلى رجل في كر حنطة، وجعل أجله إلى شهر، وأسلم إلى ذلك الرجل أيضًا في كر

---

(١) هكذا في الأصل و ف و م، وكذا في ظ: بما يشترى

(٢) وفي الأصل: النصف

شعير، جعل أجله شهرين، فمضى شهر من وقت العقد، وحل أجل الحنطة، فصالحه على أن يأخذ الحنطة، ويزيد في أجل الشعير، كان جائزاً؛ لأنه أجل ديناً يستحق ماله تعجيله، وإنه جائز؛ لأنه تبرع من أحد الجانبين، ليس باعتياض عن الأجل، ولو صالحه على أن يؤخر الحنطة، ويعجل الشعير لا يجوز؛ لأنه أجل ديناً يستحق ما ليس له تعجيله، فكان اعتياضاً عن الأجل فلا يجوز.

ولو كان السلم كر حنطة إلى أجل معلوم، فصالحه على أن زاده في الأجل مدة معلومة على أن حط عنه درهماً من رأس المال، ورده عليه كان ذلك باطلاً؛ لأن هذا اعتياض عن الأجل؛ لأن المسلم إليه رد درهماً على رب السلم ليزيد له في الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

١٧٩٢١- ولو كان السلم حالاً، وتفسيره ما تقدم قبل هذا، فصالحه على أن يرد المسلم إليه درهماً من رأس المال على رب السلم على أن الكر عليه كما كان يعني أن يكون الكر عليه على حاله حالاً، كما كان، أو على أن أخره رب السلم شهراً، فهو جائز، هكذا ذكر في الكتاب.

فقد جمع محمد بين مسألتين بجوابهما. إذا صالحه على أن يرد عليه درهماً من رأس ماله، على أن الكر عليه كما كان على حاله، والثانية: إذا صالحه على أن يرد عليه درهماً من رأس ماله على أن أخره رب السلم شهراً، وأجاب بالجواز.

وهذا الجواب يصح جواباً للمسألة الأولى؛ لأن المسلم إليه تبرع برد درهم من رأس المال من غير أن استفاد بإزاء الدرهم المردود شيئاً حيث شرط أن يكون الكر عليه حالاً كما كان، وإنه جائز، أما لا يصلح جواباً للمسألة الثانية؛ لأن المسلم إليه استفاد بإزاء الدرهم المردود أجل شهر، فيكون اعتياضاً عن الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

ألا ترى أن الكر لو كان مؤجلاً، فاصطلحا على أن يرد المسلم إليه درهماً من رأس المال ليزيده رب السلم في الأجل شهراً، لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل.

ثم بعد هذا اختلف عبارة المشايخ، بعضهم قالوا: إن محمداً ذكر مسألتين، وذكر جواب إحداهما، وقد فعل محمد في كتبه مثل هذا كثيراً، وبعضهم قالوا: إن محمداً

١٧٩٢٥ - وإذا كان السلم حنطة، ورأس المال مائتي درهم، فصالحه على أن يرد عليه مائتي درهم، أو مائة وخمسين درهمًا كان باطلا؛ لأن الصلح عن السلم متى لم يكن مضافًا إلى رأس المال بيع للمسلم فيه، وهناك الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة وخمسين من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، وأما إذا قال: صالحتك من السلم على مائة من رأس مالك، كان جائزًا، وكذلك إذا قال خمسين درهمًا من رأس مالك، كان جائزًا؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة، وإقالة السلم قبل القبض جائز، وإن كان لا يجوز بيعه، كما في بيع المنقول قبل القبض.

ثم هذا الجواب [illegible] الشيخ في قوله: صالحتك من السلم على خمسين درهمًا من رأس مالك، أنه يصير إقالة في جميع السلم أم في النصف؟[١] وإن قال: صالحتك من السلم على مائتي درهم من رأس المال، لا يجوز، أراد بقوله: لا يجوز الزيادة؛ لأن الصلح في السلم على رأس المال إقالة، والإقالة في باب السلم إذا وقعت على أكثر من الثمن لا تثبت الزيادة، وتقع الإقالة بقدر رأس المال كما في بيع المنقول لو تقايلا على أكثر من الثمن الأول قبل القبض، فالإقالة تصح عندهم بمثل الثمن، ولا تثبت الزيادة، كذا ههنا، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وأشار شمس الأئمة السرخسي إلى أنه تبطل الإقالة في هذا الوجه أصلا.

١٧٩٢٦ - أسلم ثوبًا في كر حنطة، ثم إن المسلم إليه بعدما قبض الثوب أسلم ذلك الثوب إلى آخر، ثم إن المسلم إليه الأول صالح مع رب السلم الأول على رأس المال، فهذا فصلان:

الأول: أن يكون هذا الصلح بعدما عاد الثوب من المسلم إليه

الثاني: إلى المسلم إليه الأول، وإنه على ثلاثة أوجه:

الأول: يعود إليه بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار رؤية، أو بخيار عيب بقضاء، أو افتراق عن المجلس قبل قبض رأس المال في السلم الثاني. وفي هذا الوجه كان على المسلم إليه الأول رد عين الثوب إلى رب السلم الأول، وليس له رد

(١) في الأصل: النصف الأول.

القيمة، ويجعل كأن هذا الثوب لم يزل عن ملك المسلم إليه الأول، وكذلك إذا كان زوال الثوب عن ملك المسلم إليه بطريق الهبة، فعاد إليه بالرجوع في الهبة، فهو فسخ سواء كان الرجوع بقضاء، أو بغير قضاء.

الوجه الثاني: أن يعود إليه بسبب هو تمليك مبتدأ من كل وجه نحو الشراء، والهبة، والميراث، وفي هذا الوجه حق رب السلم الأول في قيمة الثوب، لا في عينه، فإن اصطلحا على أخذ عين الثوب، إن كان هذا الاصطلاح قبل أن يقضي القاضي عليه بقيمة الثوب، لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً، وإن كان هذا الاصطلاح بعدما قضى القاضي عليه بقيمة الثوب، لا شك أنه لا يجوز قياساً، وهل يجوز استحساناً؟ فيه اختلاف المشايخ.

الوجه الثالث: أن يعود إليه بسبب يشبه الفسخ، والتمليك نحو الإقالة، والرد بالعيب بغير قضاء، وفي هذا الوجه حق رب السلم الأول في قيمة الثوب، لا في عينه، فإن اصطلحا على أخذ عين الثوب، إن كان هذا الاصطلاح قبل قضاء القاضي عليه بقيمة الثوب، لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً، وإن كان بعد ذلك لا يجوز قياساً، واستحساناً بلا اختلاف بين المشايخ.

١٧٩٢٧ - الفصل الثاني: أن يكون هذا الصلح من المسلم إليه الأول قبل أن يعود إليه الثوب من المسلم إليه الثاني، ثم عاد إليه الثوب، فإن عاد بعد ما قضى القاضي على المسلم إليه الأول بقيمة الثوب، لا يجوز اصطلاحهما على أخذ العين بأي سبب ما عاد إليه الثوب، إلا أنه إن رد عليه بالعيب بقضاء القاضي، فإنه يرد الثوب على رب السلم الأول، ويأخذ منه قيمته، وإن عاد إليه الثوب قبل قضاء القاضي عليه بقيمة الثوب، إن عاد بسبب هو فسخ من كل وجه يرد الثوب على رب السلم الأول، وإن عاد بسبب يشبه التمليك والفسخ، فإن عليه قيمة الثوب لرب السلم الأول، فإن اصطلحا على أخذ العين فيه قياس واستحسان، وإن عاد إليه بالشراء[1]، واصطلحا على أخذ العين، ففيه اختلاف المشايخ على ما بيّنا في الفصل الأول.

١٧٩٢٨ - قال: وإذا كان لرجل على رجل كر حنطة سلم، وبه كفيل، فصالح

(1) هكذا في ظ والأصل، وفي ف وم: بالشرى

الكفيل رب السلم على رأس ماله ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد : الصلح يكون موقوفًا على إجازة المسلم إليه ، إن أجاز جاز ، وصار حق رب السلم في رأس المال ، وإن بطل بطل ، وبقي حق رب السلم في الطعام ، وعلى قول أبي يوسف : فالصلح جائز على كل حال ، وصار حق الطالب قبل الكفيل في رأس المال ، وحق الكفيل قبل المسلم إليه في السلم ، وكذلك إن كان الكفيل بغير أمر المسلم إليه ، فصالح رب السلم ، فهو على هذا الاختلاف ، وكذلك الأجنبي إذا صالح على رأس المال ، وضمن المال ، فهو على هذا الخلاف .

١٧٩٢٩ - وإن صالح الكفيل رب السلم على طعام سلم مثل طعامه في الكفيل ، إلا أنه دونه في الصفة ، بأن كان السلم طعامًا جيدًا ، فصالح الكفيل رب السلم على طعام وسط ، أو رديء ، كان الصلح جائزًا ، أو يرجع الكفيل على الذي عليه الأصل بالجياد .

ولو وهب الطالب الكفيل كله ، كان للكفيل أن يرجع بذلك على المكفول عنه ؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالهبة ، فإن قيل : هذه الهبة لا يمكن تصحيحها بطريق الهبة لما فيه من تمليك المسلم فيه قبل القبض ، وتمليك المسلم فيه باطل قبل القبض ، ولا يمكن تصحيحها بطريق الإقالة عندهما ؛ لأن عندهما الكفيل لا يملك الإقالة ، كما في المسألة الأولى .

قلنا : يمكن تصحيح هذه الهبة هبة ، بأن يجعل في حق الكفيل تمليكًا لما وجب عليه بعقد الكفالة ، لا بعقد السلم ، وفي حق المسلم إليه يجعل إبراء عن السلم لا تمليكًا ، وكان كالكفيل بالقرض إذا أجل صح التأجيل ؛ لأن ما وجب على الكفيل وجب بسبب الكفالة ، لا بسبب القرض بخلاف ما لو وهب من الأصيل حيث يجعل إقالة .

ولو صالح الكفيل الطالب من السلم على ثوب ، أو على شيء من الوزني لا يجوز بخلاف ما لو صالح الكفيل المسلم إليه على شيء آخر سوى السلم كان جائزًا ؛ لأن في صلح الكفيل المسلم إليه لا يتحقق الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض ؛ لأن المسلم إليه لا يبرأ عن طعام السلم ، وفي صلح الكفيل الطالب يتحقق الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض ، فإن المسلم إليه يبرأ عن طعام السلم ، ثم الكفيل إذا صالح مع المطلوب برئ

المطلوب عن دين الكفيل، أما لا يبرأ عن دين الطالب، بعد ذلك ينظر إن أدى الكفيل الطعام إلى الطالب برئا جميعًا، وإن رجع الطالب على المطلوب، وأخذ منه الطعام كان له أن يرجع على الكفيل. وكان للكفيل الخيار، إن شاء أوفاه طعام السلم، وإن شاء رد عليه ما أخذ.

١٧٩٣٠ - وإن صالح الكفيل رب السلم على أن زاده درهمًا في رأس المال، وقبضه لم يجز؛ لأن الزيادة تصرف في العقد، والكفيل ليس بسبيل من العقد، وكذلك إذا صالح على أن زاد المسلم إليه مختوم حنطة في السلم لم يجز.

إذا جاء الكفيل بأنقص مما كفل به في المكيلات، والذرعيات إلى رب السلم فقال: خذ هذا وأرد[1] عليك درهمًا، فإن هذا لا يجوز من المسلم إليه عندهما فكذا من الكفيل، وإن أتى بأجود مما كفل به، وقال: خذ هذا، وزدني درهمًا، فإنه لا يجوز: لا في الذرعيات، ولا في المكيلات، وإن كان هذا في الذرعيات يجوز من المسلم إليه، مع هذا لم يجز من الكفيل، ولو أوفاه الكفيل السلم في غير الموضع الذي شرط، فقبله كان له أن يرجع به على الأصيل في موضع الشرط، ولو كان الكفيل صالح الطالب على أن يعطيه الطعام في غير موضع الشرط، ويعطيه أجر الحمل إلى موضع الشرط، لم يجز، ويرد الطالب الطعام والأجر حتى يوفيه الطعام في غير موضع الشرط.

ولو كان المشروط إيفاء الطعام في السواد، فصالح الطالب الكفيل على أن يوفيه إياه بالكوفة على أن يعطيه الطالب لذلك كذا كذا درهمًا لم يجز؛ لأن الطعام الذي يحمله في الإيفاء ملك الكفيل، وأخذ الأجر على حمل ملك نفسه لا يصح. وإن كان الكفيل أوفاه الطعام بالكوفة من غير شرط رجع على الأصيل بالطعام في السواد لا بالكوفة.

١٧٩٣١ - قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل مائة درهم، وكر حنطة سلم فصالحه من ذلك على عشرين دينارًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون رأس مال السلم دراهم، أو دنانير، فإن كان رأس مال السلم دراهم، فهذا على وجهين: إما أن تفرقا بعد نقد الدنانير، أو قبل النقد، فإن تفرقا قبل النقد بطل الصلح فيما يخص المائة، والسلم

---

(١) هكذا في م وف، وكان في الأصل وظ: وازدد

جميعاً. فأما فيما يخص الثالث فلأنه صرف، ولم يقبض أحد البدلين في المجلس، فيكون الصرف فاسداً. وأما فيما يخص السلم، فكذلك اعتبر الصلح فيما يخص السلم بيعاً أو إقالة، إن اعتبر بيعاً: فلأنه باع المسلم فيه قبل القبض، وإن اعتبر إقالة، فلأنه يصير مستبدلاً برأس مال السلم بعد الإقالة إذا كان بدل الصلح دنانير، ورأس المال دراهم، والاستبدال برأس مال السلم بعد الإقالة لا يجوز استحساناً، وإذا فسد الشطر، فالصلح فاسد في الكل. أما ما يخص السلم فلا إشكال أنه فاسد، لأنه إن اعتبر بيعاً، أو إقالة، وأي ذلك ما اعتبر كان الصلح فاسداً فيما يخص السلم.

وأما ما يخص المائة فهو فاسد عندهم جميعاً، عند أبي حنيفة لمعنيين: أحدهما: أن قبول العقد فيما يخص السلم، وهو فاسد بعد شرط فيما يخص المائة بحكم اتحاد الصفقة، وإنه شرط فاسد فيفسد حصة المائة من هذا الوجه.

والثانية: أنه صار مشترياً ما عليه من المائة بالحصة ابتداء، والشراء بالحصة باطل لجهالة الثمن، وإنما قلنا ذلك لأن الدين موجود، والسلم معدوم، والمعدوم لا يدخل تحت العقد أصلاً، وما لا يدخل تحت العقد أصلاً لا يكون له حصة من البدل. فيصير مشترياً الدين بالحصة ابتداء، وهذا يوجب الفساد عندهم جميعاً، كما لو اشترى عبدين بثمن واحد، وإذا أحدهما حر.

بيان ذلك أنه باع المعدوم، وإن الدين معدوم من حيث الحقيقة، لأنه شيء في الذمة ليس قائماً حقيقة، والمعدوم إنما يعتبر موجوداً حكماً بالشرع ضرورة جواز العقد كالمنافع معدومة من حيث الحقيقة، ثم اعتبرت موجودة حكماً ضرورة جواز العقد، فيعتبر المسلم فيه موجوداً في حق جواز السلم حكماً، لأن السلم عقد جائز، وإنه بيع دين، وبيع المعدوم لا يجوز. فاعتبر المسلم فيه موجوداً في حق جواز السلم ضرورة جواز السلم، فأما في حق الاستبدال به مع من عليه، أو مع غيره، فإنه لا يجوز، لا يعتبر موجوداً حكماً، فبقي معدوماً حكماً، وحقيقة في جواز الاستبدال به مع من عليه، ومع غيره.

وهكذا نقول في سائر الديون سوى السلم، وهو الصرف أنه معدوم حقيقة، وإنما يعتبر موجوداً حكماً ضرورة جواز العقد، فيعتبر موجوداً في جواز الاستبدال به مع

من عليه ، فإن الشرع جوز الاستبدال ببدل الدين مع من عليه، فيعتبر موجوداً حكماً في حق جواز الاستبدال مع من عليه ، فأما مع غير من عليه الدين ، فإنه لا يجوز الاستبدال به، فلا يعتبر موجوداً حكماً في حق هذا الحكم

إذا ثبت هذا، فنقول: الاستبدال في مسألتنا حصل مع من عليه ، والمائة في حق هذا الحكم موجودة. فأما السلم في حق هذا الحكم معدوم، فهو معنى قولنا: إنه باع موجوداً، ومعدوماً، والمعدوم مما لا يدخل تحت العقد كالخمر والميتة، وإذا كان كذلك صح ما قلنا: إنه صار مشترياً المائة بالحصة ابتداء، والشراء بالحصة باطل، والفساد عندهما للعلة الثانية ، هذا إذا كان رأس المال دراهم، فأما إذا كان رأس مال السلم دنانير، إن كان رأس مال السلم خمسة دنانير ، وقد شرطا في الصلح بأن يكون بإزاء السلم خمسة دنانير ، ونقد عشرين ديناراً، أو نقد حصة المائة، كان الصلح جائزاً في الكل فيما يخص المائة؛ فلأنه صرف، وقد وجد قبض البدلين في المجلس ، وفيما يخص السلم؛ لأنه وجد منهما دليل الإقالة؛ لأنهما لما سميا بإزاء السلم مقدار رأس مال السلم، علمنا أنهما أرادا بذلك الإقالة دلالة، إذ لو كان المراد منه البيع[1] بأكثر من خمسة، أو بأقل لكانا يقدران ذلك ، فدل التقدير بمقدار رأس المال أنهما أرادا الإقالة فيما يخص السلم على رأس المال، وكذلك إن نقد حصة المائة من الدنانير يكون الصلح في ذلك جائزاً في حق المائة؛ لأنه صرف وقد وجد قبض البدلين في المجلس، وفي حصة السلم؛ لأنه إقالة، ولم يوجد رأس ماله في المجلس، إلا أن قبض رأس مال السلم في مجلس الإقالة ليس بشرط للجواز.

وأما إذا لم يجعلا خمسة دنانير بإزاء السلم هل يجوز الصلح في الكل إذا نقد العشرين؟ لم يذكر محمد هذا في الكتاب ، وقد اختلف المشايخ فيه ، كان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول: بأنه لا يجوز، والفقيه أبو بكر البلخي أستاذ الفقيه أبي جعفر يقول: بأنه يجوز، ويجعل ما يخص السلم من الصلح إقالة للسلم استحساناً بمقدار رأس المال.

وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر أن الصلح حقيقة للتمليك ابتداءً، إلا أنه يحتمل

---

(١) وفي الأصل: البيع

الإقالة مجازاً كالهبة، ألا ترى أن الصلح في سائر الديون سوى السلم اعتبر استبدالاً، ولم يعتبر إقالة، فدل أن حقيقته للتمليك المبتدأ، ولكن يحتمل الإقالة مجازاً، والكلام لحقيقته ما لا يثبت إرادة المجاز، ولم يثبت إرادة الإقالة حتى لم يبيناه بإزاء المسلم فيه رأس المال، فيثبت العبرة للحقيقة، والصلح في الحقيقة للتمليك المبتدأ، وإنما بقيت العبرة لحقيقته صدر لفظة الصلح، والبيع سواء.

١٧٩٣٢ - ولو قال: بعتك المسلم فيه برأس المال، يعتبر بيعاً، ولا يعتبر إقالة، فكذلك هذا بخلاف ما لو بيّنا بإزاء السلم الخمسة، لو صالح على رأس مال السلم حيث يعتبر إقالة؛ لأن التعبير برأس المال يدل على أنهما أرادا بذلك الإقالة على ما مرّ.

وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو بكر: وهو أن الصلح حقيقة للتمليك المبتدأ لا للفسخ، إلا أنه يصلح للفسخ مجازاً، والأصل أنه متى تعذر العمل بحقيقة الكلام، أمكن العمل بمجازه كيلا يلغو، وجد من المتكلم إرادة المجاز أو لم يوجد.

ألا ترى لو وهب المشتري المبيع من البائع قبل القبض كان إقالة وجد من المشتري إرادة الإقالة، أو لم توجد، وإن كانت الهبة حقيقتها للتمليك المبتدأ، لا للإقالة؛ لأنه يحتمل الإقالة مجازاً، ومتى حمل على الإقالة صحت، وعلى الهبة لا تصح، فيعمل بمجازه، وجد منه إرادة المجاز أو لم يوجد، حملاً لكلامه على الصحة.

فكذلك هذا، بخلاف ما لو قال: بعتك المسلم فيه برأس مال السلم؛ لأن البيع مما لا يحتمل الإقالة، ألا ترى أن المشتري لو باع المبيع قبل القبض من البائع لم يجعل إقالة حتى لا يصح، فحمل على التمليك المبتدأ، فصار مستبدلاً بالمسلم فيه قبل القبض، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يصح. والله أعلم بالصواب.

الفصل الثاني والعشرون
في الصلح عن العيوب

هذا الفصل يشتمل على أنواع

١٧٩٣٣ - الأول: قال محمد في «الأصل»: وإذا اشترى الرجل من رجل عبداً بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، ثم وجد به عيباً، وأنكر البائع أن يكون باعه، وهذا العيب به[1]، ثم صالحه البائع على أن يرد على المشتري دراهم مسماة حالة، أو إلى أجل مسمى جائز، وذلك لأن البائع إذا كان منكراً للعيب، ففي زعمه أنه حط عن المشتري بعض الثمن، أو أعطاه دراهم مسماة فداء عن اليمين والخصومة، وإنه جائز، وفي زعم المشتري أنه يأخذ حصة العيب من الثمن، إن وقع الصلح على جنس الثمن، وللمشتري أن يأخذ حصة العيب من الثمن متى وجد به عيباً، وأعطاه البائع، ثم يجوز حالاً، ومؤجلاً، إن كان حالاً، فقد استوفى المشتري عين حقه؛ لأن حق المشتري حال إقدامهما على الصلح عن العيب يعتبر في حصة العيب في الثمن، لا في الجزء الفائت بالعيب؛ لأن إثبات المعاوضة بين ما يأخذ من البائع، وبين الجزء الفائت بالعيب متعذر بطريق التمليك، وبطريق إسقاط حقه عن الجزء الفائت؛ لأن الجزء الفائت اعتبر قائماً من حيث الحكم حتى استحقه المشتري بالبيع، فإن المعدوم مما لا يستحق، ولما استحق المشتري عندنا أنه اعتبر قائماً حكماً فيعتبر بما لو كان قائماً حقيقة، ولو كان قائماً حقيقة كان لا يجوز الاعتياض عنه لا بطريق التمليك، ولا بطريق الإسقاط، أما بطريق التمليك؛ لأن تمليك الأوصاف بعوض باطل، وبطريق الإسقاط؛ لأنه يكون غير العين، وإنه باطل، وإذا تعذر تصحيح هذا الصلح بإثبات المعاوضة بين بدل الصلح، وبين الجزء الفائت تمليكاً، وإسقاطاً اعتبرت المعاوضة بين بدل الصلح، وبين حصة العيب من الثمن؛ لأن الجزء الفائت وإن كان وصفاً، إلا أنه يجوز أن يكون له حصة من الثمن حال فواته نفياً للضرر عن المشتري كما لو حدث به عيب آخر عند المشتري، فيجوز

(١) هكذا في الأصل و«ب» وكذا في «م»، ومعناه العيب ... في ظهر العبد.

أن يعتبر له حصة من الثمن حالة الصلح نفياً للضرر عن المشتري، فإنه متى لم يجز هذا الصلح يتضرر به المشتري، فلهذا اعتبر حق المشتري في حصة العيب من الثمن متى اصطلحا عن العيب على شيء، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن يعتبر استيفاء لحصة العيب من الثمن، وإن وقع على خلاف جنس الثمن يعتبر معاوضة بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن.

فإن قيل: أليس أنه لو صالح عن العيب على أكثر من حصته من الثمن يجوز، ولو كان حق المشتري في حصة العيب من الثمن حالة الصلح عن العيب لكان لا يجوز الصلح على أكثر من حصة العيب من الثمن؛ لما فيه من الربا، وحيث جوزوا ذلك علمنا أن ما أخذ يعتبر عوضاً عن الجزء الفائت، لا عن حصة من الثمن.

والجواب عنه: المسألة على التفصيل: إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها، فهو جائز، وإن كانت بحيث لا يتغابن الناس في مثلها على قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز الصلح، وعلى قول أبي حنيفة: يجوز، وليس طريق الجواز على قوله: إن المأخوذ يجعل بدلاً عن الجزء الفائت، ولكن طريقه أن يجعل البائع بمقدار حصة العيب، مستوفياً[1] حصة العيب. وبقدر الزيادة يجعل حطاً عن المشتري عن ثمن الباقي، حتى إنه يجب على البائع رد الزيادة على حصة العيب من ثمن الباقي إن كان مقبوضاً.

هذا إن كان الصلح عن إنكار، وإن كان عن إقرار، يجوز أيضاً، ويكون المشتري مستوفياً حصة العيب من الثمن في زعمهما، فيجوز.

١٧٩٣٤ - وإن صالحه من العيب على مائة دينار، فإن نقده قبل أن يتفرقا، فهو جائز، وإن افترقا قبل أن ينقده، بطل الصلح. وهذا لما ذكرنا أن حق المشتري حالة الصلح عن العيب يعتبر في حصة العيب من الثمن، لا في الجزء الفائت، وحصة العيب من الثمن دراهم، فإذا أخذ مكانه ديناراً، كان صرفاً في زعمهما إن كان البائع مقراً بالعيب، وإذا كان صرفاً إن قبض الدينار في المجلس جاز، وإن لم يقبض حتى تفرقا، بطل الصلح؛ لأن قبض بدل الصرف شرط لجواز الصرف، وإن كان البائع منكراً

---

(١) في الأصل: مستوفياً، وفي م: مستوفياً.

العيب، على أن يعطيه البائع أن يزيد له دينارا(١)، فيكون ما دخله المشتري مقابلا بإزاء العبد والعيب، فما يخص الدينار يكون صرفا، وفي زعم المشتري أنه يأخذ العبد وما لا عن حصة العيب من الثمن فيكون صرفا؛ لأن الثمن دراهم. وإن صالحه من العيب على ثوب بعينه، فهو جائز؛ لأن الصلح وقع عن حصة من العيب، وإنه دين، فيكون بيع عين بدين، فيكون جائزا.

١٧٩٣٥ - وإن صالحه على حنطة بعينها جاز، وإن تفرقا قبل القبض؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين، وإن كان بغير عينه إن كان مؤجلا، فإنه لا يجوز؛ لأنه دين بدين؛ لأنه صار مشتريا ما ليس عنده، وإن كان حالا إن كان قبض الحنطة قبل أن يتفرقا جاز؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين، وإن لم يقبض حتى تفرقا بطل الصلح؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين؛ لأن حصة العيب من الثمن دين للمشتري على البائع، وإن قبضه البائع؛ لأن المشتري لا يستحق عين المقبوض ثمنا إذا كان المقبوض ثمنا، وإنما يستحق مثله دينا في ذمة البائع. وكذلك لو كان العبد قد حدث به عيب لا يستطيع أن يرده، أو مات عند المشتري، أو أعتقه قبل أن يعلم بالعيب، ثم علم بالعيب، ووقع الصلح عن العيب جاز الصلح، ولو قتله المشتري، ثم اطلع على عيب به، ووقع الصلح عن العيب لا يجوز الصلح.

والأصل في جنس هذه المسائل أنه متى تعذر الرد على المشتري، ولكن له الرجوع بنقصان العيب إذا وقع الصلح عن العيب لا يجوز، ومتى تعذر الرد على المشتري، وليس له الرجوع بنقصان العيب، إذا وقع الصلح عن العيب لا يجوز؛ لأن في الوجه الأول وقع الصلح عما هو حق المشتري، وفي الوجه الثاني وقع الصلح عما ليس بحق للمشتري.

وعلى هذا قالوا: لو أعتقه بعد ما علم بالعيب، ثم صالح عن العيب لا يجوز؛ لأنه ليس له الرجوع بنقصان العيب في هذه الصورة، فإنما صالحه عما ليس بحق له، وكذلك لو عرضه على البيع بعد ما علم بالعيب، ثم صالحه عن العيب لا يجوز؛ لما قلنا.

١٧٩٣٦ - وإذا اشترى الرجل عبدا بألف درهم، وقبضه ثم باعه من غيره، ثم

---

(١) في الأصل: أن يزيد له دينارا.

اطلع على عيب يحتي المشتري الأول، فصالح البائع الأول على دراهم، فإنه لا يجوز؛ لأن المشتري لا يملك خصومة البائع بسبب هذا العيب بعد ما باعه من غيره، لا في الرد، ولا في الرجوع بنقصان العيب، وإذا بطل حقه في الرد، والرجوع بالنقصان بعد البيع، فإذا صالحه بعد ذلك، فإنما صالحه عما ليس بحق له، فكان الصلح باطلا.

١٧٩٣٧ - فإن كان العبد قد مات في يد المشتري الثاني، ورجع على بائعه بنقصان العيب، ثم إن البائع الثاني صالح البائع الأول على صلح، فعلى قول أبي حنيفة الصلح باطل، وعلى قولهما الصلح جائز، وهذه المسألة فرع مسألة أخرى، وهي أن المشتري الثاني إذا رجع على بائعه، هل يرجع بائعه على البائع الأول أم لا؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرجع، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله يرجع، والمسألة معروفة في البيوع، فإذا لم يكن للبائع الثاني الرجوع على بائعه عند أبي حنيفة، فإذا صالح معه على شيء، فقد صالح عما ليس بحق له، وعلى قولهما: لما كان للبائع الثاني الرجوع على البائع الأول، فإذا صالح، فقد صالح عما هو حق له فيجوز الصلح.

ذكر في المأذون إذا حدث به عيب عند المشتري الآخر، فرجع على بائعه بالنقصان، ليس لبائعه أن يرجع على البائع، ولم يذكر فيه خلافا، منهم من قال هو قول أبي حنيفة، ومنهم من فرق لأبي يوسف ومحمد بين المسألتين.

والفرق أن في تلك المسألة للبائع الأول أن يقول: سبيلك أن تقبل منه؛ لاقبل منك، فإذا لم يقبل، فأنت الذي فوت حقك، ولا يمكنه الاحتجاج عليه، بنحوه ههنا، فقلنا: بأنه يرجع عليه.

١٧٩٣٨ - ولو أن رجلا اشترى ثوبا، فقطعه قميصا، وخاطه، ثم باعه بعد ذلك، أو لم يبعه حتى اطلع على عيب، أو كان البيع بعد ظهور العيب، ثم صالحه من العيب على دراهم كان جائزا؛ لأن حقه قد تقرر في الرجوع بنقصان العيب بسبب الخياطة.

ألا ترى أنه لو كان في يده ليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإن صالح عن حقه، وكذلك إذا صبغه بصبغ أحمر، ثم باعه أو لم يبعه، حتى صالحه من العيب، ولو قطعه، ولم يخطه حتى باعه، ثم صالحه عن العيب لم يصح؛ لأن حقه لم يتقرر في الرجوع بنقصان العيب؛ لأن القطع المجرد نقصان.

ألا ترى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فهذا صالح عما ليس بحق له، والسواد بمنزلة القطع المقرر عند أبي حنيفة، وعندهما بمنزلة القطع مع الخياطة.

١٧٩٣٩ - وإن كان الثمن مكيلاً، أو موزوناً بغير عينه، وبين الكيل والصرب وتقابضا، ثم وجد بها عيباً فصالحا، فإن وقع الصلح على بعض الثمن من جنسه فهو استيفاء، لا استبدال، فيجوز حالاً ومؤجلاً، سواء كان الثمن قائماً في يد المشتري، أو كان مستهلكاً.

١٧٩٤٠ - وإن وقع الصلح على خلاف جنس الثمن، فهو معاوضة، ففي كل موضع حصل الافتراق فيه عن عين بدين، يجوز، وفي كل موضع حصل الافتراق فيه عن دين بدين، لا يجوز.

١٧٩٤١ - وإن كان الثمن مكيلاً، أو موزوناً بعينه، فهو جائز إن كان الذي أخذه عوضاً عن الجارية مستهلكاً، وإن كان الذي هو ثمن قائم بعينه لم يجز الصلح على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلاً، وجاز حالاً، إذا أوفاه إياه قبل أن يتفرقا، أو كان بعينه؛ لأن الثمن في هذه المسألة يعين في العقد بالتعيين، وكان حق المشتري في عين ما أدى، ويكون ما وقع عليه الصلح عوضاً عما استوجبه عليه، ومبادلة المكيل، والموزون بجنسه مؤجلاً لا يجوز.

وفي المسألة الأولى الثمن استحق بالعقد ديناً، فإنما يرجع بحصة العيب من ذلك، لا من عين المقبوض، فجاز الصلح على مثله حالاً، ومؤجلاً.

١٧٩٤٢ - وإذا[1] صالحه من العيب على ركوب دابته في حوائجه شهراً، فهو جائز، هكذا ذكر محمد في الكتاب، قالوا: تأويله إذا شرط ركوبه في المصر، أما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو أطلق لا يجوز لمكان الجهالة، قالوا: قد نص على هذا التفصيل في إقرار الأصل.

١٧٩٤٣ - وإذا صالحها من عيب الغلام على أن زوجت نفسها منه صح النكاح، وكان هذا إقراراً بالعيب، ومعنى المسألة أنها زوجت نفسها منه على حصة العيب، وهذا لأن النكاح لا يصح إلا بمال، فجعل حصة العيب مهراً يكون إقراراً به ضرورة، وكان

(١) وفي ظ: إنما.

بمنزلة ما لو باعت منه ثوبا بحصة العيب ، كان ذلك إقرارا منها بالعيب ؛ لأن البيع لا يصح إلا بمال ، فبعد ذلك ينظر إن كان حصة العيب عشرة ، فهي مهرها ، لا شيء لها غير ذلك ، وإن كان أقل من عشرة أكمل لها عشرة .

١٧٩٤٤ - وإذا طعن المشتري بعيب في عين الجارية المشتراة ، ثم صالح البائع من عيبها على شيء ، جاز ، وإن لم يسم العيب ، وجعل تسمية محل العيب بمنزلة تسمية العيب -والله أعلم- .

نوع آخر:

١٧٩٤٥ - إذا صالحه عن كل عيب على دراهم معلومة جاز ، سواء طعن المشتري بعيب ، أو لم يطعن ؛ لأن هذا إبراء عن العيوب المجهولة بعد وجود سبب الوجوب ؛ لأن البيع هو السبب لثبوت حق الرد حتى ظهر العيب ، والإبراء بعد وجود سبب الوجوب جائز ، وإن كان ما وقع الإبراء عنه مجهولا عندنا ، خلافا لابن أبي ليلى والشافعي .

١٧٩٤٦ - ولو اشترى العيوب منه بدراهم معلومة لا يجوز ؛ لأن شراء العيوب ، والصلح عنها بدراهم شراء حصة العيوب من الثمن ، وصلح عن حصته من الثمن بدراهم ، وذلك مجهول لا يدري .

١٧٩٤٧ - ومن كان له على آخر دراهم مجهولة ؛ لا يعرفان قدر ذلك إذا اشتراها منه بدراهم معلومة ، لا يجوز ، ولو صالح منها على دراهم معلومة ، يجوز استحسانا ؛ لأن الصلح يجوز من وجهين ، و يفسد من وجه واحد إن كان بدل الصلح مثل المصالح عنه ، أو أقل من المصالح عنه يجوز ، ويكون استيفاء للبعض ، وإبراء عن البعض ، وإن كان بدل الصلح أكثر من المصالح عنه لا يجوز ، فترجح جانب الجواز ، فحكمنا بالجواز ، والبيع يفسد من وجهين ، ويجوز من وجه إن كان الثمن أقل ، أو أكثر من الدين لا يجوز البيع ، وإن كان الثمن مثل الدين يجوز البيع ، فترجح جانب الفساد ، فلم يجز .

١٧٩٤٨ - ولو طعن المشتري بعيب ، فصالحه البائع على أن أبرأه عن ذلك العيب ، وعن كل عيب ، فهو جائز ، أما البراءة عن العيب المسمى فذلك قول الكل ،

وأما البراءة عن العيوب الباقيات، فذلك مذهبنا، وفيه خلاف ابن أبي ليلى، وكان أبو حنيفة يحتال في ذلك، ويقول: يكتب في صك الصلح: برئت من كل عيب سميته، وعرفته، أو يكتب في الصك أنه قد باع العبد، وخرج عن ملكه، ثم عاد إلى ملكه بصدقة، أو ما أشبه ذلك، أكثر ما في الباب أن هذا حيلة بالكذب، إلا أن الكذب مباح لإحياء حقه، ولدفع الظلم عن نفسه، كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل، بحيث لا يمكنه الإشهاد، فإذا أصبح يشهد، ويقول: علمت الآن، وكذلك الصغيرة تبلغ في جوف الليل، فإذا أصبحت قالت: بلغت الآن، واخترت نفسي، ورخص فيه، كذا ههنا.

١٧٩٤٩ - وحيلة أخرى أن يعلق المشتري عتقه بمخاصمة في عيب يجد فيه، فإذا خاصمه عتق العبد، فلا يمكنه الرد، ولا الرجوع بنقصان العيب، ولو خاصمه في عيب، وصالحه عنه، ثم وجد به عيبًا آخر، فله أن يخاصمه فيه.

نوع آخر:

١٧٩٥٠ - رجل اشترى من رجل أمة بخمسين دينارًا، وقبضها، ونقد الثمن، ثم طعن المشتري بعيب، فاصطلحا على أن يقبل البائع الجارية، ويرد على المشتري تسعة وأربعين دينارًا، فالرد جائز، وهذا ظاهر؛ لأن الرد إما أن يعتبر بيعًا جديدًا، أو فسخًا، وأي ذلك ما اعتبر كان جائزًا، وهل يطيب للبائع ما استفضل من الدينار، أو يلزمه الرد على المشتري؟ فهو على وجهين: إن كان البائع مقرًا بكون هذا العيب عنده، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد، يلزمه الرد، وعلى قول أبي يوسف: لا يلزمه الرد، وهذا لأن البائع إذا كان مقرًا بكون هذا العيب عنده يكون هذا ردًا بالعيب في زعم البائع والمشتري جميعًا، والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي بمنزلة الإقالة، ولو أنهما تقايلا العقد على تسعة وأربعين دينارًا، تصح الإقالة، ويجب على البائع رد الثمن كله؛ لأنهما لا يجعلان الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل من الثمن الأول بيعًا جديدًا بحال، وإذا لم يكن بيعًا جديدًا كان إقالة، والإقالة لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول، فوجب على البائع رد جميع الثمن على المشتري.

وعلى قول أبي يوسف: الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل منه يعتبر بيعًا جديدًا، إذا كانت الإقالة بعد القبض، وإذا اعتبرت بيعًا جديدًا صار كأن البائع اشترى منه بتسعة وتسعين دينارًا بعد نقد الثمن الأول، ولو كان كذلك: كان ما استفضل البائع من الزيادة سالمًا للبائع، كذا هنا.

هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر القاضي الإمام الإسبيجابي أن على قول أبي يوسف: لا يطيب له أيضًا، مع أن الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل جائزة عنده؛ لأن للمشتري حق الرد، والنقصان واجب على البائع؛ لإقراره أن العيب كان عنده.

ألا ترى أن المشتري لو رفع الأمر إلى الحاكم، فالحاكم يجبر البائع على الأخذ، ولا يجبر الخصم على الإقالة، فيجوز أن يعتبر الإقالة بيعًا جديدًا أما ههنا، فإن كان البائع جاحدًا كون هذا العيب عنده، فهو على وجهين أيضًا: إن كان عيبًا لا يحدث مثله في هذه المدة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان البائع مقرًا بكون هذا العيب عنده، وإن كان عيبًا يحدث مثله، فإن ما استفضل البائع من الثمن يكون طيبًا له؛ لأن هذا الرد اعتبر بيعًا جديدًا في حق البائع؛ لأن البائع يزعم أنه ليس للمشتري حق الرد بهذا العيب؛ لأن هذا العيب لم يكن عنده، وأنه بالاسترداد صار مشتريًا ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن، ومن اشترى ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن، فما استفضل يطيب له بخلاف ما إذا كان مقرًا بالعيب؛ لأن في زعمهما أن للمشتري حق الرد بهذا العيب، فإذا رد عليه بغير قضاء، كان فسخًا في حقهما، لا شراء جديدًا، والفسخ لا يجوز بأقل من الثمن الأول، ولئن اعتبرنا هذا الرد فسخًا في زعم البائع، فكذلك تطيب الزيادة له إذا كان الفضل مثل حصة العيب؛ لأن في زعم البائع أنهما فسخا العقد في بعض المعقود عليه، ولم يفسخا في البعض، وهو ما فات عند المشتري؛ لأن ما فات عند المشتري لا يمكن فسخ العقد فيه، وإذا انفسخ العقد في البعض، وتقرر في البعض، وجب على البائع رد الثمن بحصة ما انفسخ العقد فيه، وكان له إمساك حصة ما تقرر العقد فيه، بخلاف ما إذا كان مقرًا بالعيب؛ لأنه يزعم أن العقد قد انفسخ في الكل، ولم يحتبس عند المشتري شيء من المعقود عليه حتى يمسك من الثمن بقدر ما يحتبس عند المشتري، فيرد الكل، ولكن إنما يمكن اعتبار معنى الفسخ إذا كان الفضل مثل حصة العيب، فأما إذا كان أكثر من حصة

العيب ، فلا يمكن [١] اعتبار معنى الفسخ في هذه الحالة ؛ لأن الفسخ في الباقي يقع بأقل من ثمن الباقي ، فيعتبر في هذه الحالة وجهاً آخر ، وهو البيع الجديد ؛ لأن إثبات عقد جديد بلفظ الرد جائز ، فإنه لو قال : أرد عليك هذه الأمة بخمسين ديناراً ، وقبل الآخر يثبت البيع ، فمتى تعذر اعتبار معنى الفسخ ، اعتبر بيعاً جديداً .

ولم يذكر محمد رحمه الله في "الأصل" ما إذا لم يقر البائع بالعيب ، ولم ينكروا العيب مما يحدث مثله ، وذكر القاضي الإمام المنتسب إلى إسبيجاب : أنه يطيب له ما استقبل ؛ لأن العيب لأقرب الأوقات ما لم يتبين بخلافه ، فيجعل كأنه حدث عند المشتري ، ويكون ما أمسك البائع بمقابلة ما فات في يد المشتري .

١٧٩٥١ - ولو كان أخذ من المشتري ثوباً ، وقبل منه السلعة على أن يرد عليه الثمن كله ، كان الرد جائزاً ؛ لما ذكرنا ، وهل يطيب للبائع الثوب الذي أخذه من المشتري؟ فهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا احتبس البائع شيئاً من الثمن في المسألة الأولى ، إن كان البائع مقراً بالعيب ، فالثوب لا يطيب للبائع عند أبي حنيفة ومحمد ، ويلزمه الرد على المشتري ، وإن كان جاحداً للعيب ، والعيب عيب لا يحدث مثله ، فكذلك الجواب ، وإن كان يحدث مثله ، فإنه لا يجب على البائع رد الثوب ، ولو كان مكان الثوب دراهم ، فإن كانت الدراهم إلى أجل ، لا يجوز على كل حال ، وإن قبض ذلك في المجلس ، فالجواب على التفاصيل التي ذكرنا .

١٧٩٥٢ - وإذا اشترى من آخر ثوباً ، فقطعه قميصاً ، ولم يخطه ، ثم وجد به عيباً ، أقر البائع أنه كان عنده ، فصالحه البائع على أن يقبل البائع الثوب ، ويحط المشتري عنه من الثمن مقدار درهمين كان جائزاً ، ويجعل ما احتبس عند البائع من الثمن بمقابلة ما انتقص بفعل المشتري .

نوع آخر :

١٧٩٥٣ - طعن المشتري بعيب جحده البائع ، فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة ، ويأخذه هذا الأجنبي بما وراء المحطوط ، ورضي به الأجنبي ، فالبيع من

(١) وفي الأصل : فلا يمكن من اعتبار معنى . . . إلخ .

الأجنبي جائز؛ لأن المشتري باع ملك نفسه، وحط المشتري أيضاً جائز؛ لأنه حطه لا في ملك نفسه أيضاً، وهو الثمن، ويكون هذا من المشتري رضى بالعيب؛ وحط البائع الأول لا يجوز؛ لأنه لاقى ملك الغير؛ لأنه حط عن الأجنبي؛ لأنه شرط الحط في عقد الأجنبي، وما شرطه في العقد مطلقاً يكون مشروطاً للعاقد، لا لغيره، فصار الحط مشروطاً للأجنبي، وليس للبائع الأول على الأجنبي ثمن، وإنما الثمن على الأجنبي للمشتري الأول، فهذا معنى قولنا: إن حط البائع الأول في ملك الغير، فكان باطلاً، ولا أنه لم يوجب، فهنا فساد العقد، وإن كان هذا شرطاً فاسداً، شرط في العقد؛ لأن الشرط الفاسد متى شرط في العقد إنما يوجب فساد العقد إذا جرى بين المتعاقدين، أما إذا جرى بين العاقد، والأجنبي، فإنه لا يوجب فساد العقد.

ألا ترى أن من قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم على أن يقرضني؛ فلان الأجنبي عشرة دراهم لا يفسد العقد؛ لأن الشرط الفاسد جرى بين العاقد، وبين الأجنبي، وفي مسألتنا الشرط الفاسد جرى بين العاقد، وبين الأجنبي؛ لأنه جرى بين البائع الأول، وبين الأجنبي المشتري، والبائع الأول أجنبي عن هذا العقد، ثم الأجنبي المشتري بالخيار إن شاء أخذ الجارية بتسعمائة وتسعين درهماً، وإن شاء ترك؛ لأن الأجنبي المشتري إنما رضي أن يكون ثمن هذه الجارية ألف درهم، إلا عشرين، والآن يلزمه ألف إلا عشر، فقد لزمه زيادة ثمن لم يرض به، فيتخير كالمشتري من المريض إذا لزمه زيادة ثمن.

فإن قيل: المشتري لم يلزمه زيادة ثمن لم يرض به؛ لأن الأجنبي علم أن حط البائع الأول لا يصح، وحط المشتري الأول يصح، فكان راضياً بالتزام الألف إلا عشرة، ولم يلزمه زيادة على هذا، وكان يجب أن لا يتخير، وكان هذا بمنزلة ما قالوا فيمن قال لآخر: بعتك هذا العبد بألف درهم على أن يحط عنه فلان الأجنبي خمسمائة، فإن الحط لا يصح، ويلزمه ألف درهم، ولا يتخير المشتري؛ لأن المشتري علم ببطلان حط الأجنبي، فكان راضياً بالتزام الألف.

والجواب: هذا هكذا إذا كان بطلان الحط ظاهراً للمشتري، غير مشتبه عليه، كما في تلك المسألة التي استشهد بها، فإن بطلان الحط غير مشتبه على المشتري هناك؛ لأن

الحط أضيف إلى الأجنبي، فصار بطلان حط الأجنبي غير مشتبه، فكان المشتري راضيًا بالتزام الألف، فلهذا لا يتخير، وأما بطلان الحط من البائع الأول مشتبه؛ لأن البائع الأول حط العشرة مطلقًا، ولم يبين من يحط له، فاحتمل من حيث الظاهر أن يكون هذا الحط عن البائع الثاني، فيكون صحيحًا؛ لأنه ثمنًا على البائع، ثم البائع الثاني يصير ملتزمًا بإزاء المحطوط من الأجنبي بشرط أن يحط عنه عشرة، فعلى هذا الوجه يثبت الرضى بالتزام الألف إلا عشرين، إلا أنه من حيث المعنى مشروط للأجنبي؛ لأنه مشروط في العقد مطلقًا، وما يكون مشروطًا في العقد مطلقًا يكون مشروطًا للعاقد، لا لغيره.

١٧٩٥٤ - وإن كان بطلان الحط من البائع الأول مشتبهًا، لا يثبت الرضا من الأجنبي بالتزام الألف إلا عشرة، إنما يثبت الرضا منه بالتزام الألف إلا عشرين، فقد لزمه زيادة ثمن لم يرض بها، فيخير لهذا. وهذه المسألة تدل على أن المشتري إذا ظهر أنه صار مغبونًا على وجه لا يتغابن الناس في مثله أنه يثبت له الخيار، وأدلة الكتب متعارضة، ظاهر الجواب أنه لا خيار له.

١٧٩٥٥ - عن محمد: فيمن اشترى صبرة حنطة، فوجد في أسفله دكانًا، فله الخيار، وإذا اشترى الدهن في حب فإذا ثم علم مقداره فله الخيار، وهو خيار الكشف، وخيار الكمية، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: كان القاضي الإمام يقول: المذهب عند علمائنا أنه لا يثبت الخيار للمشتري إذا صار مغبونًا، وكان يقول: هب، كان في المسألة روايتان، فاختر هذه الرواية رفقًا بالناس.

١٧٩٥٦ - ولو أن رجلاً اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم، وتقابضا، وطعن المشتري بعيب، وجحد البائع، فدخل رجل فيما بينهما على أن يأخذ الثوب بثمانية، وعلى أن حط البائع الأول عن البائع الثاني درهمًا من الثمن، فإن هذا جائز، ويكون الثوب للمشتري بيعًا بثمانية، فإن وجد الرجل بالثوب عيبًا رده على المشتري الأول، وإن وجد[1] به عيبًا آخر سوى العيب الذي حط البائع عن المشتري درهمًا لأجله؛ لأن الرجل علم بهذا العيب وقت الشراء، فيكون راضيًا به، فلا يرده به، إنما يرد إذا وجد به

(١) وفي الأصل: وإن أي به عيبًا.

عيباً آخر لم يرضَ به، وإنما يرد على المشتري الأول؛ لأن العقد جرى بينه، وبين المشتري الأول، فكان المشتري الأول هو الخصم له في ذلك. فإذا رده على المشتري الأول هل للمشتري الأول أن رده على بائعه؟ فهذا على وجهين: إن قبله بغير قضاء لا يكون له الرد على بائعه؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء عقد جديد في حق الثالث، والبائع الأول ثالث، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً، وإن قبل بقضاء، كان له أن يخاصم بائعه، ورده به عيباً آخر غير العيب الذي حط عنه درهماً؛ لأن المشتري الأول أبرأ عن العيب الذي حط عنه درهماً.

١٧٩٥٧ - وإذا اشترى الرجل ثوباً بعشرة دراهم، وتقابضا، فسلمه المشتري إلى قصار ليقصر، فجاء به متخرقاً، فقال المشتري: لا أدري أعند القصار تخرق، أو كان متخرقاً عند البائع، فاختصموا في ذلك، واصطلحوا على أن يقبل المشتري الثوب، ويرد عليه القصار درهماً، ويحط عنه البائع درهماً، وعلى أن يأخذ القصار أجرة من المشتري، فذلك جائز، فقد جوز صلح المشتري مع القصار والبائع جميعاً؛ لأن صلح المشتري مع كل واحد منهما يجوز من وجهين، ويفسد من وجه، أما مع البائع فإنه يجوز الصلح معه إن كان الخرق كله أو بعضه عنده، ولا يجوز إن كان الخرق كله عند القصار، وأما مع القصار فإنه يجوز إن كان الخرق كله، أو بعضه عنده، ولا يجوز إن كان الخرق كله عند البائع، وكان الرجحان لجانب الجواز، وعلى المشتري أجرة القصار؛ لأنه استوفى عمله، وكذلك إذا وقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: هذا إشارة إلى أنه إذا صالحه على أن يقبل البائع، ويغرم له القصار درهماً، ويترك له المشتري درهماً، إنه يجوز. قال مشايخنا: وهو غلط؛ لأن اشتراط ترك الدراهم على المشتري إن كان صحيحاً؛ لأن البائع جاحد للعيب، فاشتراط الدراهم على القصار للبائع باطل؛ لأنه ما كان بينه وبين القصار سبب يستوجب الضمان به عليه، وفي زعمه أنه تملك الثوب ابتداء من جهة المشتري بعد ما تخرق في يد القصار، فاشتراط أخذ الدرهم منه هدر، إلا أن يكون تأويله أن يضمن القصار الدراهم أولاً للمشتري، ثم المشتري يدفع ذلك إلى البائع ليقبل المبيع منه، فحينئذ يجوز؛ لأن في زعمه أنه يملك المبيع ابتداء، وهذه الزيادة بدل ما تلف عند القصار، فكان له أن يأخذ إذا رد جميع الثمن.

قال شيخ الإسلام: وتأويل المسألة أن يقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب من المشتري على أن يحط المشتري من البائع درهمًا، ويأخذ المشتري من القصار درهمًا، ويعطيه المشتري أجره، ولم يرد أن يصالح المشتري مع البائع على أن يقبل البائع الثوب، ويحط عنه درهمًا، ثم البائع يصالح مع القصار، فيأخذ من القصار درهمًا، ويعطيه أجره؛ لأنه لا خصومة بين البائع والقصار، وليس بين البائع والقصار إجارة حتى يعطيه أجرة، فأما المشتري فله حق الخصومة مع البائع، والقصار، فيجوز صلحه معهم، ثم صلحه مع البائع على أن يقبل البائع الثوب، ويمسك درهمًا من الثمن جائز؛ لأنه يجوز من وجوه، ولا يجوز من وجه واحد، وإن كان الخرق كله عند القصار، أو بعضه عند القصار، أو بعضه عند البائع، أو بعضه عند المشتري يجوز الصلح، ويجوز له أن يمسك شيئًا من الثمن، وإن كان الخرق كله عند البائع، لايجوز الصلح، ولا يجوز له أن يمسك شيئًا من الثمن، فكان الرجحان لجانب الجواز، وكذلك صلح المشتري مع القصار صحيح؛ لأنه يجوز من وجهين، ولا يجوز من وجه، إن كان الخرق كله عند القصار، أو بعضه يجوز الصلح، وإن لم يكن الخرق كله عند القصار، لايجوز، وكان الرجحان لجانب الجواز، وتكون أجرة القصار على المشتري؛ لأن المشتري هو المستأجر للقصار.

نوع آخر:

١٧٩٥٨ - رجل أمر رجلا أن يشتري له جارية بثمن مسمى، فاشترى المأمور الجارية، وقبضها، فظهر بها عيب، فصالح البائع الآمر من العيب على صلح، فالقياس أن يكون الصلح باطلا، وفي الاستحسان: يكون جائزًا، وجه القياس أن الآمر بهذا الصلح يبطل حق الوكيل في الرد بالعيب عليه؛ لأن الرد بالعيب حق الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد، فيكون للعاقد، وهو الوكيل، فلا يصح الصلح كيلا يبطل على الوكيل هذا الحق، ألا ترى أن الموكل لو قبض المشتري لا يصح قبضه قياسًا؛ لما فيه من إبطال حق الوكيل في القبض، وجه الاستحسان: أن الآمر تصرف في ملكه فيصح، وإن كان في إبطال حق الوكيل، ألا ترى أنه لو قبض المشتري من البائع صح استحسانًا، وإن كان فيه إبطال حق على الوكيل، وكذلك إذا قبض الآمر بالبيع الثمن من المشتري صح

استحساناً ، وإن كان فيه إبطال حق على الوكيل ، كذا هنا .

١٧٩٤٩ - وإذا اشترى الرجل عبداً بثمن مسمى وتقابضا ، ثم طعن بعيب ، قد زعم أن البائع قد دلسه له ، فصالحه البائع على أن حط عنه من الثمن طائفة على أن أبرأه عن كل عيب ، وأقام رجل آخر بينة أنه كان أمره أن يشتري هذا العبد له ، وقال : لا أرضى بصلحه ، فإن الصلح يلزم المشتري ، ولا يلزم الآمر ؛ لأن بإقامة البينة ظهر أن المشتري كان وكيلاً بشراء هذا العبد ، وقد رضي بالعيب ببدل ، والوكيل بالشراء إذا رضي بالعيب ببدل ، أو بغير بدل يلزم الوكيل ، ولا يلزم الآمر ، عرف ذلك في موضعه - والله أعلم - .

الفصل الثالث والعشرون
في صلح المكاتب والعبد التاجر

١٧٩٦٠ - قال محمد رحمه الله : وإذا صالح المولى مكاتبه من مكاتبته على ألف درهم على أن يعجل له بعض المكاتبة قبل حلها، أو حلت المكاتبة، فزاد المكاتب مالاً للمولى حتى يزيده في الأجل، فإنه يجوز في قول علمائنا، وقال الشافعي: لا يجوز، وأجمعوا أنه لو باع من مكاتبه درهمًا بدرهمين فإنه لا يجوز، والأصل أن ما كان فيه صريح الربا لا يجوز بين المولى ومكاتبه، وما كان فيه شبهة الربا يجوز بين المولى ومكاتبه، على ما يبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، ومسألة الأجل مما ليس فيه صريح الربا، فيجوز بين المولى ومكاتبه.

قال: ولو صالحه بعد ما حلت المكاتبة على أن أخر بعضا، وعجل له بعضا، كان جائزًا؛ لأن هذا الصلح فيما بين الحرين يجوز، فلأن يجوز فيما بين المولى ومكاتبه، ويجوز فيما بينهما ما لا يجوز بين الحرين أولى وأحرى.

١٧٩٦١ - ولو صالحه من المكاتبة، وهي دراهم على دنانير عجلها له كان جائزًا؛ لأن هذا يجوز فيما بين الحرين، فلأن يجوز فيما بين المولى ومكاتبه أولى، قال: ولو صالحه على دنانير إلى أجل لم يجز؛ لأنه دين بدين، ولأنه صرف إلى أجل، فيحرم النساء، وحرمة الدين بالدين، وحرمة النساء أمر ظاهر، لم يختلف العلماء في إباحة ذلك وحرمته، ومتى كانت حرمته ثابتة ظاهرًا، فالمكاتب في حق المولى بمنزلة الحر، كما لو باع درهمًا بدرهمين.

فأما حرمة الاعتياض عن الأجل أمر خفي، اختلف الصدر الأول في جواز ذلك، وفساده، لو جرى بين الحرين، جوزه ابن عباس، وأبطله زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، والربا الخفي لا يجري بين المولى ومكاتبه، وهذا لأن المكاتب حر يدًا، مملوك رقبة، فألحقناه بالحر في حق الربا الجلي، وفي حق الربا الخفي ألحقناه بالعبد توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

قال: ولو كانت المكاتبة دراهم، فصالحه على أن أبطل الدراهم، وجعلا الكتابة على كذا كذا دينارًا كان جائزًا. فرق بين هذا، وبينما إذا صالحه من الدراهم على دنانير إلى أجل، وذكر أنه لا يجوز؛ لأنه هناك صالحه من الدراهم على دنانير إلى أجل، فالدنانير إنما تجعل بدلا عن الدراهم، فيكون صرفًا إلى أجل، وإنه باطل، فأما في هذه المسألة فسخا الكتابة على الدراهم، وجعلا الكتابة على الدنانير، فيكون الدنانير بدلا عن الرقبة، وبدل الرقبة يجوز أن يثبت حالا، ومؤجلا.

قال: ولو صالحه على أن أبطلا الكتابة بالدراهم، وجعلا المكاتبة وصيفين إلى أجل، فحل الأجل، فصالحه من ذلك على أربعمائة إلى سنة، كان ذلك جائزًا؛ لأنه تأجيل لعين الواجب، فإن الواجب له بتسمية الوصيف أحد شيئين: إما الوصيف، أو القيمة، حتى لو أتى بالقيمة أجبر على القبول، والقيمة دراهم أو دنانير، فيكون تأجيلا لعين الواجب، ولا يكون مبادلة، فيكون جائزًا.

قال: ولو كانت المكاتبة ألف درهم، فادعى المكاتب أنه قد أداها، وجحد المولى ذلك، فصالحه على أن يؤدي خمس مائة، ويبرئه عن الفضل، كان جائزًا؛ لأن هذا الصلح يجوز فيما بين الحرين، فبين المولى، ومكاتبه أولى.

١٧٩٦٦ - قال: وإذا ادعى المكاتب على رجل دينًا، فجحده الرجل، فصالحه المكاتب على أن حط عنه النصف، وأخذ النصف: هل يجوز هذا الصلح؟ وهذا على وجهين: إما أن يكون للمكاتب على ذلك بينة، أو لم يكن، فإن كان للمكاتب على ذلك بينة؛ فإن الحط لا يجوز، ويأخذ منه الباقي؛ لأنه متى كان على ذلك بينة، فقد تمكن من أخذ جميع الدين، فإذا حط البعض مع إمكان الأخذ كان هذا تبرعًا منه، والمكاتب لا يملك ذلك، فأما إذا لم يكن على ذلك بينة، فليس للمكاتب إمكان الأخذ إلا له بمجرد الدعوى والخصومة، والمال وإن قل، فهو أنفع من مجرد الدعوى والخصومة. وهذا بمنزلة الأب، أو الوصي إذا ادعى دينًا على رجل لصغير، ثم صالحه من ذلك على النصف، إن كان على الدين بينة عادلة للصبي، فالصلح باطل؛ لأنه تبرع، وإن لم يكن على الدين بينة عادلة للصبي، فالصلح جائز؛ لأنه ليس للصبي إلا مجرد الدعوى، والمال وإن قل، فهو خير من مجرد الدعوى.

١٧٩٦٣ - هذا إذا حط المكاتب، فأما إذا أخر، فإنه يجوز تأخيره إذا كان الدين من غير قرض؛ لأن التأجيل من صنيع التجار، ولهذا ملكه العبد المأذون، فيكون معتبرًا بسائر التجارات، وسائر التجارات تنفذ من المكاتب، فكذا التأجيل يصح، فإنما يصح تأجيله إذا وجب الدين، لا من قرض، فأما إذا وجب بالقرض، فإنه لا يصح تأجيله؛ لأن تأجيل الحر القرض لا يصح، فكذا تأجيل المكاتب، بل أولى.

فإن قيل: من الحر إنما لا يصح؛ لأن القرض صحيح من الحر، والتأجيل في القرض باطل، فأما القرض من المكاتب لا يصح، فيجب أن يجعل القرض منه بيعًا؛ لأن في القرض معنى البيع، فإنه تمليك ببدل، فيجعل بيعًا من المكاتب؛ لأنه يملك البيع. وإذا جعل بيعًا صار كأنه باع منه دراهم بدراهم، فيكون صرفًا، فإذا دفع المكاتب ما باع من الدراهم، وحصلت في يد المشتري، ثم أجل ما وجب عليه من مثل المقبوض يكون جائزًا.

الجواب عنه: قلنا: هذا(1) هكذا أن لو أمكن أن يجعل القرض كناية عن البيع، ولا يمكن؛ لأن القرض عارية حكمًا، والعارية لا تصح كناية عن البيع؛ لأنه لا موافقة بينهما في المعنى الخاص، فإن أحدهما لتمليك المنفعة، والآخر لتمليك العين، والعين مع المنفعة مختلفان، ولا تصير العارية سببًا لملك العين بحال من الأحوال، حتى يجعل كناية عن البيع من حيث إنه سبب له، كالهبة في باب النكاح، وإذا تعذر أن يجعل بيعًا كان قرضًا فاسدًا، والفاسد من العقد يلحق بالصحيح، فكما لا يثبت الأجل في القرض الصحيح، فكذا لا يثبت في القرض الفاسد.

١٧٩٦٤ - قال: وإذا باع المكاتب جارية، وطعن المشتري فيها بعيب، فصالحه على أن حط عنه شيئًا من الثمن، فإنه يجوز استحسانًا. والقياس أن لا يجوز. وجه القياس: وهو أن هذا تبرع، واصطناع معروف؛ لأن ما فات بالعيب لا حصة له من الثمن إذا كان الرد ممكنًا، حتى لو أراد المشتري أن يرجع عليه بنقصان العيب، ويمسك المبيع، ليس له ذلك بغير رضا البائع، وإذا لم يكن لما فات بالعيب حصة من الثمن، كان حط بعض الثمن تبرعًا، واصطناع معروف.

---

(1) هكذا في ط، وكان في الأصل: [illegible] هكذا [illegible] إلخ.

العتاق إذا كان بالغًا مخاطبًا إلا أن يقوم عليه بينة بذلك قبل العجز، فإنه حينئذ يجوز صلحه؛ لأنه يملك أيضًا هذا الدين؛ فلأن يملك الصلح عنه، وإنه يجوز بدون الحق أولى، وإن كان بقي في يده شيء مما اكتسبه في حالة الكتابة، جاز الصلح عند أبي حنيفة، وإن لم يكن للمدعي على ذلك بينة؛ لأنه يجوز إقراره عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز إقراره بعد العجز، وإن بقي في يده شيء مما اكتسبه، فكذا لا يجوز صلحه.

١٧٩٦٧ - قال: وإن ادعى مولى المكاتب عليه دينًا، فصالحه المكاتب على أن حط عنه بعضًا، وأخذ منه بعضًا، فهذا جائز؛ لأن إقراره يجوز للمولى، فيجوز صلحه مع المولى، كما لو صالح مع الأجنبي، وإن ادعى المكاتب على مولاه مالاً، وجحد المولى، فصالحه على أن حط بعضه، وأخذ بعضه، فالجواب فيه كالجواب فيما لو ادعى على أجنبي إن كانت له بينة على ذلك لم يجز، وإن لم له بينة على ذلك جاز صلحه؛ لما بينا في الأجنبي.

١٧٩٦٨ - وإذا كان للعبد التاجر دين على رجل، فصالحه على أن حط عنه بعضًا، وأخذ منه بعضًا، فالجواب فيه كالجواب في المكاتب إن كان للعبد بينة لا يجوز الصلح، وإن لم يكن له بينة يجوز الصلح.

١٧٩٦٩ - ولو ادعى رجل على العبد التاجر دينًا، فصالحه العبد عن جحود، أو عن إقرار، على أن حط عنه الثلث، وأخر الثلث، وأدى العبد الثلث، فهو جائز؛ لأن إقراره للمدعي بالدين جائز، فكذا صلحه.

ولو حجر المولى عليه، ثم ادعى رجل عليه دعوى، لم يكن للمدعي بينة، فصالح العبد معه، فإن لم يكن في يده مال من كسب التجارة، لا يجوز الصلح، يريد بقوله: لا يجوز الصلح في الحال في حق المولى، فأما في حق العبد، فهو جائز، حتى يتبع به بعد العتق، وإن كان في يده مال من كسب التجارة، فالمسألة على الاختلاف الذي ذكرنا في المكاتب، وإذا كان في يد العبد المحجور عليه متاعًا لمولاه، فاستهلك رجل ذلك المتاع، فصالحه العبد من ذلك على دراهم، فالجواب فيه كالجواب في المودع إذا صالح عن الوديعة المستهلكة.

١٧٩٧٠ ولو أن عبداً محجوراً عليه ادعى على عبد تاجر ديناً، وصالحه على بعض ما ادعاه، فإن كان للمدعي على ذلك بينة، لا يجوز الصلح، وإن لم يكن له بينة، جاز، ولو كان المدعي عبداً تاجراً، والمدعى عليه عبداً محجوراً، لا يجوز هذا الصلح سواء كان للمدعي بينة، أو لم يكن، إن لم يكن له بينة لا يجوز الصلح لحق مولى المدعى عليه؛ لأنه التزم مالاً بقوله، وهو محجور عليه، فلا تصح في حق المولى، ولكنه يتبع به بعد العتق، وإن كان للمدعي بينة لا يجوز الصلح لحق مولى المدعي - والله أعلم -.

الفصل الرابع والعشرون
في صلح أهل الذمة

١٧٩٧ – كل صلح جاز بين المسلمين جاز فيما بين أهل الذمة، وما لا يجوز بين المسلمين لا يجوز بين أهل الذمة ما خلا خصوصية واحدة، وهي الصلح على الخمر والخنزير، فإنه يجوز الصلح عليهما فيما بينهم.

الفصل الخامس والعشرون
في الصلح في الرهن والبيع الفاسد والصدقة

١٧٩٧٢ - وإذا ادعى رجل عبدًا في يدي رجل أنه رهنه إياه بمائة درهم، كانت له عليه، فقال الذي في يديه العبد: عبدي، والمائة لي عليك، فاصطلحا على أن يبرئه المرتهن من المائة التي ادعى عليه، ويزيده خمسين، ويترك المدعي الخصومة في العبد، فهذا الصلح جائز؛ لأن في زعم مدعي الرهن أن العبد ملكه، وإنه باعه من المرتهن بخمسين درهمًا، وفي زعم المدعى عليه أن العبد ملكه، وله على المدعي مائة درهم، وإنه يترك المائة، ويعطيه خمسين درهمًا افتداء عن الخصومة واليمين، وكل ذلك جائز، وإن أقر المرتهن بعد ذلك أن العبد كان رهنًا في يده، لا ينتقض الصلح؛ لأن المدعي صار بائعًا العبد من المرتهن بمائة وخمسين درهم، وكان الصلح عن تراض، فلا ينتقض بإقرار المرتهن بعد ذلك.

١٧٩٧٣ - قال: ولو كان العبد في يد المرتهن، فقال: رهنته مني بمائة لي عليك، وقال الراهن: لك علي مائة، إلا أني ما رهنت العبد منك، فاصطلحا على أن زاده المرتهن خمسين درهمًا قرضًا، وعلى أن يكون العبد رهنًا بالمائة والخمسين، فهذا الصلح جائز؛ لأن من زعم المرتهن أنه رهن العبد الآن بمائة عليه بشرط أن يقرضه المرتهن خمسين درهمًا، والرهن بما عليه صحيح، والرهن بشرط أن يقرضه المرتهن مالًا صحيح، فقد جمع بين أمرين، كل واحد صحيح حالة الانفراد، فيكون صحيحًا حالة الاجتماع أيضًا.

ثم قال: ويصير العبد رهنًا بالمالين يعني بالمائة والخمسين، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي يوسف؛ لأن من مذهبه أن المرتهن إذا زاد في الدين ليصير الرهن رهنًا بالزيادة أيضًا، فعلى قول أبي يوسف يصير رهنًا بالمالين، مشكل على قولهما؛ لأن على قولهما لا يصير الرهن رهنًا بالزيادة، بل يكون رهنًا بأصل الدين، وفي زعم المرتهن ههنا أن العبد كان رهنًا بمائة كانت للمرتهن على الراهن، وأن الخمسين زيادة، فكيف

يصير رهناً بمائة وخمسين على قولهما؟

والجواب أن المرتهن إن زعم أن الخمسين زيادة، فالراهن زعم أنه ليس بزيادة، فإنه يقول: العبد لم يكن رهناً قبل هذا، وإنما صار رهناً الآن بالمائة والخمسين، والخمسون أصل الدين في زعم الراهن، وليست بزيادة، فجعلناه رهناً بالمائة والخمسين بناء على زعم الراهن، فقد اعتبر زعم الراهن، ولم يعتبر زعم المرتهن؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء حكماً، فيعتبر بحقيقة الإيفاء، ولو أوفاه المديون مائة وخمسين، وقال: الكل إيفاء، وقال صاحب الدين: المائة إيفاء، والزيادة أمانة عندي، لا يلتفت إلى قول صاحب الدين، وكان القول ما يقوله المديون، ويصير مرفياً المائة والخمسين، كذا ههنا.

١٧٩٧٤ - وإن اصطلحا على أن يهب منه المرتهن خمسين درهماً على أن يجعل الراهن العبد رهناً بالمائة، فإن هذا الصلح فاسد؛ لأن في زعم الراهن أن العبد لم يكن رهناً، وإنما رهنه الساعة بالمائة بشرط أن يهب له المرتهن خمسين درهماً لأجل الرهن، فيكون رهناً بجعل، والرهن بجعل باطل؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء، فيعتبر بحقيقة الإيفاء، ولو أوفاه المديون مائة على أن يهب الطالب منه خمسين درهماً كان باطلاً؛ لأنه رشوة؛ لأنه يأخذ مالاً لإقامة الفرض، وهذا هو عين الرشوة، وفي زعم المرتهن أن العبد كان عنده رهناً بالمائة، إلا أن الراهن قد جحده، وأبى أن يعترف حتى تهب له خمسون درهماً ليقر بذلك، ومن أخذ مالاً ليقر بحق كان عليه لا يجوز، ويكون رشوة، فقد رعما فساد هذا الصلح، فيحكم بفساده، وللمرتهن أن يرجع في هبته؛ لأنه إنما وهب بشرط أن يحصل له الرهن، ولم يحصل، وللراهن أن يرجع في رهنه؛ لأنه إنما رهن بشرط أن يسلم له الهبة، ولم يسلم.

١٧٩٧٥ - ولو اصطلحا على أن يبرئه المرتهن عن خمسين من المائة على أن يجعل الراهن العبد رهناً بالخمسين الباقية، فهذا جائز، ولو ادعى المرتهن ثوباً في يد الراهن أنه رهنه إياه بعشرة دراهم، أقرضه إياه، وأقر أنه لم يقبض الرهن، وقال الراهن: لك علي عشرة دراهم، إلا أني لم أرهنك، فاصطلحا على أن يحط المرتهن عنه درهماً ليرهنه الراهن الثوب، فهو جائز، وكذلك لو اصطلحا على أن يقرضه المرتهن درهماً ليجعل العبد رهناً عنده، فهو جائز، وكذلك لو اصطلحا على أن يرهنه إياه ليحط عنه درهماً،

ويقرضه درهماً جمعاً بين الحط والزيادة، فإنه جائز أيضاً، فإن لم يدفع إليه الثوب، وبدا له في إمساكه، فله ذلك لأن الرهن لا يصير لازماً في حق الراهن إلا بالتسليم، ولم يوجد التسليم، إلا أن الحط لا يثبت، لأن الحط كان بشرط الرهن، ولم يعطه الرهن، فلا يسلم له الحط.

١٧٩٧٦ - ولو رهن رجل رجلاً متاعاً بمائة درهم، وقيمة المتاع مائتا درهم، وهلك الرهن في يد المرتهن، واختلف الراهن والمرتهن، فقال المرتهن: هلك المتاع عندي، وقال الراهن: لم يهلك، فاصطلحا على أن يرد عليه المرتهن خمسين درهماً، وأبرأه من الأمانة، فالصلح باطل في قول أبي يوسف، وهذا لأن الصلح وقع عن الزيادة على الدين، لأن قدر الدين صار مستوفى بهلاك الرهن، والزيادة على الدين أمانة في يد المرتهن، وصاحب الأمانة إذا صالح مع الأمين بعد ما ادعى الأمين الهلاك، لا يجوز الصلح، وقد ذكرنا المسألة من قبل.

ولو أقر المرتهن أنه باع المتاع بمائة درهم، وقال الراهن: وكلتني بالبيع، وقال المرتهن: ما وكلتك بالبيع، وقيمة الرهن مائتا درهم، فاصطلحا على أن أبرأه من الأمانة، وزاد له المرتهن خمسين درهماً، كان ذلك جائزاً، فإن ظهر المتاع بعد ذلك عند المرتهن، وقال: ما كنت بعت، فالصلح جائز، ولا سبيل لصاحب المتاع على المتاع، ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن الراهن مات، فادعى رجل أن المتاع له، وأنه كان أعاره ليرهنه، فاصطلحا على أن أقر المرتهن بذلك، فإن المرتهن لا يصدق على ورثة الراهن.

١٧٩٧٧ - وإذا باع المسلم من المسلم خادماً بخمر بعينها، فاصطلحا على أن يسلم الجارية للمشتري بهذه الخمر، وبمائة درهم يعطيها المشتري للبائع، فإن هذا لا يجوز، لأنه صلح شرط فيه الخمر، فيكون فاسداً كالبيع إذا شرط فيه الخمر، وإن اصطلحا على أن يسلم الخادم للمشتري بمائة درهم من غير خمر، كان جائزاً، لأن البائع بهذا الصلح صار بائعاً هذه الجارية بمائة درهم بعد ما باعها بخمر، فيضمن إقدامهما على البيع الثاني فسخاً للأول.

ألا ترى أن الأول لو كان جائزاً ينفسخ الأول بالثاني، فإذا كان الأول فاسداً أولى.

١٧٩٧٨ - وإذا كانت الدار في يدي رجل ، فادعى أن فلانًا تصدق بها عليه ، وقبضها ، وقال فلان : وهبتها لك ، و أنا أريد الرجوع فيها . فاصطلحا على مائة درهم على أن يسلم له الدار بصدقته ، فهو جائز ، ولا يستطيع الرجوع فيها بعد الصلح ؛ لأن في زعم مدعي الهبة أنه وهبها منه ، ولم يأخذ منه عوضًا ، فبهذا الصلح يأخذ عوض هبته ، وفي زعم مدعي الصدقة أنه تصدق بها عليه ، وقبضها ، إلا أنه لما أنكر الصدقة ، وصالحه على مائة درهم ، فقد اشترى منه الصدقة ثانيًا ، والمتصدق عليه إذا اشترى الصدقة ثانيًا من المتصدق كان جائزًا ، وكان إقدامهما على بيع الصدقة متضمنًا فسخ الصدقة ، والصدقة مما تحتمل الفسخ بعد تمامه ما دامت الصدقة قائمة في يد الفقير ، فإن المتصدق لو رجع في الصدقة ، ورضي به الفقير جاز .

١٧٩٧٩ - قال محمد عقيب هذه المسألة : ولا يستطيع مدعي الهبة الرجوع في الدار ؛ لأن في زعم مدعي الهبة أنه أخذ عوض هبته ، وفي زعم مدعي الصدقة أنه اشتراها ثانيًا ، ولا رجوع للبائع فيما باع ، فقد تصادقا على أنه ليس لصاحب الدار حق الرجوع ، وكذلك لو أقر الذي في يديه الدار أنها هبة ، وأراد الواهب أن يرجع ، فصالحه على مائة حتى تسلم له الدار ، جاز ؛ لأن ما أخذ صاحب الدار يكون عوضًا عن الهبة في زعمهما .

١٧٩٨٠ - وإذا جحد رب الدار الهبة ، والصدقة ، وأراد أخذ داره ، فصالحه الذي في يديه على ثوب على أن يسلم له الدار بما ادعى من الصدقة ، جاز ، وذلك لأن من زعم المنكر للصدقة ، أو الهبة أنه يبيع الدار منه بما يأخذ من المال ، فيكون جائزًا ، ومن زعم المدعي أنه بهذا الصلح يعوض عن هبته ، وإن كان مدعي الصدقة من زعم أنه اشترى الصدقة من المتصدق ثانيًا ، و المتصدق عليه بعد ما قبض الصدقة إذا اشترى الصدقة ثانيًا من المتصدق يتضمن ذلك فسخ الصدقة ، وتجديد بيع عليها .

قال : وإذا اصطلحا على أن يكون الدار بينهما بالسوية نصفان على أن رد الذي في يديه الدار مائة درهم ، فالصلح جائز ، وذلك لأن هذا الصلح جائز في زعمهما ، في زعم صاحب الدار أنه لم يهب منه شيئًا ، ولم يتصدق عليه إلا أنه يبيع منه الدار بهذا المال ، فيكون جائزًا ، وفي زعم المدعي إن كان مدعيًا للهبة أن الواهب رجع في نصف

الهبة ، ورضيت أن يكون ذلك لك صالحته بالنصف ، عوضت بالمائة النصف الآخر ، وإن كان مدعيًا للصدقة ، ففي زعمه أنه رجع في نصف الصدقة ، ورضي به المتصدق عليه ، والرجوع في الصدقة جائز إذا رضي به المتصدق عليه ، والنصف الذي بقي عنده اشترى منه ثانيًا ، فانتقضت الصدقة أيضًا في هذا النصف ، وصار مشتريًا لهذا النصف بالمائة ، وأنه جائز ، ففي زعمهما جميعًا جواز هذا الصلح ، فيحكم بالجواز .

ثم قال محمد في "الكتاب" : ويجوز الصلح على النصف ، وإن كان غير مقسوم ، وذلك ؛ لأن من زعم المنكر أنه باع منه نصف دار شائع ، وأنه جائز ، ومن زعم المدعي أن ادعى الهبة أن الواهب رجع في نصف شائع ، والرجوع في نصف شائع جائز ، وإن كانت الهبة لا تجوز في نصف دار شائع ، وإن كان مدعيًا الصدقة ، ففي زعمه أنه اشترى منه نصف الصدقة شائعًا ، ورضي بفسخه الصدقة في النصف الآخر شائعًا ، وأنه جائز ، وإن كان لا تجوز الصدقة بنصف الدار شائعًا .

١٧٩٨١ - قال : وإذا كان في يدي رجل عبد ، فادعى رجل أنه تصدق عليه ، وقبضه ، وجحد الذي في يديه العبد ذلك ، وافتدى منه الذي في يديه العبد بثوب ، دفعه إليه ، صالحه على أنه بريء من دعواه في هذا العبد ، فهو جائز ، فذلك لأن من زعم المدعي للصدقة أن الصدقة قد تمت ، وصار العبد ملكًا لي بالصدقة ، إلا أني بايعته ثانيًا بما أخذت منه من الثوب ، وأنه جائز ، ومن زعم المنكر أنه إنما يعطي فداء عن اليمين ، والخصومة ، وأنه جائز ، فكان جائزًا في زعمهما ، فإن كانا ميتين ، فورثتهما في ذلك يقومون مقامهما ؛ لأن الوارث قائم مقام الميت.

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

١٧٤٨٢- قال محمد رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يرد الخصوم مرتين، أو ثلاثاً إذا كان يرجو الإصلاح فيما بينهم، وإن كان لا يرجو الإصلاح فيما بينهم، بأن قالوا: لا نريد الصلح، وطلبوا القضاء، فهذا على وجهين: الأول: أن لا يكون وجه القضاء مستبيناً للقاضي، وفي هذا الوجه يردهم إلى الصلح، وإن طلبوا القضاء، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، قال: نحو تفسير مسألة هلاك المال في يدي الأجير المشترك بأمر يمكن التحرز عنه، فإن القاضي لا يقضي، وإن سألوا القضاء، بل يأمرهم بالصلح، وذكر شمس الأئمة الحلواني في هذا الفصل: أن القاضي يسعه بفتوى الأئمة، ويحصل الملك فيما بينهما.

الوجه الثاني: أن يكون وجه القضاء مستبيناً للقاضي، وأبوا الصلح، وفي هذا الوجه القاضي يقضي بينهم، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وذكر شيخ الإسلام: أن المسألة على التفصيل: إن وقعت الخصومة بين أجنبيين، يقضي بينهم، ولا يردهم إلى الصلح، وإن وقعت الخصومة بين الأقارب، أو بين أهل بلدتين، أو بين أهل قبيلتين يردهم إلى الصلح مرتين، أو ثلاثاً، وإن أبوا الصلح.

١٧٤٨٣- وإذا كان لرجل ظلة شارعة، أو كنيف شارع على طريق العامة، فخاصمه إنسان في طرحه، وفي المغرب: الظلة، على دراهم مسماة على أن يتركها، فالصلح باطل، حتى كان لهذا المصالح وغيره أن يخاصم في رفعها، سواء كانت قديمة أو حديثة، وإن كان الإمام صالح صاحب الظلة على دراهم على أن يترك الظلة جاز الصلح إذا كانت حديثة، إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين، ويضع تلك الدراهم في بيت المال.

١٧٤٨٤- وأما إذا وقع الصلح على الطرح، إن وقع الصلح على أن يعطي صاحب الظلة دراهم مسماة إلى هذا المخاصم ليرفع المخاصمة، جاز الصلح على

كل حال، وإن أخذ صاحب الظلة دراهم من المخاصم ليفرغ الظلة، إن كانت الظلة قديمة يجوز، وإن كانت حديثة اختلف المشايخ، والصحيح أنه لا يجوز، وأما إذا كان لا يدري حال الظلة لا يجوز أيضًا على أصح الأقوال؛ لأن ما يكون على طريق العامة إذا لم يعرف حاله يجعل حديثًا، ولهذا قالوا: للإمام حق رفعها إذا كان لا يعرف حالها، فعلم أن حكم هذه الظلة إذا لم يعرف حالها، وحكم ما لم عرف حدوثها بيقين سواء، وإن كانت الظلة على طريق خاص، في سكة غير نافذة، فإن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم مسماة من صاحب الظلة، ويترك الظلة لا يجوز إذا كانت الظلة قديمة، وإن كانت حديثة إن لم يكن للمخاصم من أهل تلك السكة، وليس له حق المرور تحت الظلة يتوقف الصلح على إجازة من له حق المرور، وأما إذا كان المصالح من أهل تلك السكة، فإن أضاف الصلح إلى جميع الظلة، فالصلح يصح في حصته، ويتوقف في حصة شركائه، فإن أجاز شركاؤه، جاز الصلح في الكل، وإن لم يجيزوا صلحه، ورفعوا الظلة لا شك أن الصلح يبطل في حصة شركائه، حتى كان لصاحب الظلة أن يرجع على المخاصم بحصة شركائه، إن كان دفع إليه جميع بدل الصلح، وهل يرجع بحصته؟ اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يرجع عليه، وأما إذا كان الصلح مضافًا إلى نصيبه خاصة، فإنه يجوز الصلح، بعد ذلك ينظر إن تبرع الشركاء بترك الظلة سلم له جميع بدل الصلح، وإن رفعوا الظلة، هل يرجع صاحب الظلة على المخاصم بحصة بدل الصلح[1]؟ فالمسألة على الاختلاف، وإن كان لا يعرف حال الظلة لا يجوز الصلح؛ لأنها في الحكم قديمة؛ لأن ما كان في سكة غير نافذة، إذا لم يعرف حاله يجعل قديمًا، بخلاف ما إذا كان على طريق العامة؛ ولهذا لم يكن لأحد رفعها، وكان كالجذوع الشارعة في دار إنسان إذا كان لا يدري حالها يجعل قديمة، حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء، كذا هنا.

١٧٩٨٥ - وأما إذا وقع الصلح على الطرح، والرفع، إن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم، ويرفع الظلة، فهو جائز على كل حال؛ لأنه صار مستأجرًا له لرفع ظلته بمال معلوم، فيجوز كما لو استأجر غيره، وإن وقع الصلح على أن يأخذ صاحب الظلة من المخاصم دراهم، ويرفع جاز، إن كانت الظلة قديمة، وكذلك إذا

---

(١) وفي «ظ»: بجميع البدل.

كانت حديثة، أو لا يدري حالها.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: تأويل هذه المسألة إذا كانت الظلة على هواء مبني على الطريق، وصاحب الظلة يدعي ملك ذلك الموضع لنفسه، أو يدعي حق قرار الظلة بسبب صحيح، فيسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار.

قال شيخ الإسلام: وما ذكر من الجواب في سكة غير نافذة، فتأويله إذا كانت دورًا مشتركة بينهم، أو أرضًا مشتركة بينهم، بنوا فيها مساكن وحجرًا، ورفعوا بينهم طريقًا حتى يكون الطريق ملكًا لهم، وأما إذا كانت السكة في الأصل اختطت بأن بنوا دورًا، وتركوا هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن قدر الطريق بقي على ملك جماعة المسلمين، ولهذا كان لجماعة المسلمين أن يدخلوا فيها حالة الزحام.

١٧٩٨٦ - وأما إذا أراد رجل إحداث ظلة في طريق العامة، ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع، وحق الطرح، وعلى قول محمد: له حق الخصومة في المنع من الإحداث، وليس له حق الرفع، وقال أبو يوسف: ليس له حق المنع، ولا حق الرفع، وأما إذا كان ذلك يضر بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع، والرفع جميعًا، وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة، فإنه لا يعتبر فيه الضرر، وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء، ومن مشايخنا من اعتبر الضرر، وعدم الضرر حتى إذا كان لا يدخل على أهلها ضرر، لا يمنع، وشبه ذلك بالجلوس على قارعة الطريق للاستراحة، والانتفاع بالشمس.

وأما الكلام في الإباحة، وعدم الإباحة، ذكر أبو جعفر الطحاوي أنه يباح إحداث الظلة على طريق العامة، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد في ذلك. وبعدما خاصمه إنسان لا يباح له الانتفاع به، ويأثم بترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد: يباح له الانتفاع إذا كان ذلك مما لا يضر بالعامة.

١٧٩٨٧ - وإذا كان للإنسان نخلة في ملكه، فخرج سعفها إلى أرض جاره، فأراد الجار قطع السعف، فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على أن يترك النخلة،

فإن ذلك لا يجوز، وقد ذكر في مسألة الظلة على سكة غير نافذة إذا خاصم أهل السكة في ذلك فصالحهم صاحب الظلة معهم على دراهم مسماة ليتركوا ظلته، فإن الصلح جائز، حتى لم يكن لهم أن يرفعوا الظلة بعد ذلك، وكذلك لو كان على طريق العامة، فصالح صاحب الظلة مع الإمام على دراهم مسماة ليترك ذلك، كان جائزاً، وههنا قال: لا يجوز الصلح متى كان الخيار على المخصومة في القطع، وفي الموضعين جميعاً الصلح وقع على الهواء مقصوداً، وبيع الهواء، والإجارة مقصوداً باطل.

من أصحابنا من قال: في الفرق بينهما أن في السقف إنما لم يجز الصلح؛ لأن ما وقع عليه الصلح من الهواء مجهول؛ لأن السقف مما يزداد ساعة فساعة بمرور الأيام، ولا يدرى بأي قدر يأخذ من الهواء، فكان ما وقع عليه الصلح من الهواء مجهولاً، وجهالة ما وقع عليه الصلح تمنع جواز الصلح إذا كان مما يحتاج فيه إلى التسليم يحتاج إليه؛ لأن ما وقع عليه الصلح ليس في يد صاحب الظلة، وإنما هو في يد صاحبه، فيكون محتاجاً إلى التسليم، وفي باب الظلة ما وقع عليه الصلح من الهواء معلوم؛ لأن الظلة معلومة في نفسها للحال، وإنه مما لا يزداد سعة بعد ساعة بمرور الأيام، وإذا كان ما وقع عليه الصلح من الهواء معلوماً، كان هذا الصلح جائزاً، إلا أن هذا الفرق لا يكاد يصح، وذلك لأن في السقف، وإن بينا لذلك مقداراً، لا يصح الصلح أيضاً؛ لأنه بيع الهواء مقصوداً في الحاصل، وإنه لا يجوز وإن كان معلوماً.

والفرق الصحيح ما حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أن القياس في الظلة أن لا يجوز الصلح؛ لما فيه من بيع الهواء مقصوداً، إلا أنا جوزنا ذلك لتعامل الناس في الظلة لحاجتهم إلى ترك الظلة على حالها، ولا تعامل في السقف؛ لأن حاجتهم إلى إبقاء السقف على حالها ليس كحاجتهم إلى إبقاء الظلة، فرد مسألة السقف إلى ما يقتضيه القياس، وبهذا عرف أن ترك القياس فيما للناس فيه تعامل جائز، وتركه فيما لا تعامل فيه لهم لا يجوز، وعن هذا قال: في دار بين رجلين: اقتسماها بشرط على أن يكون لأحدهما حق وضع الجذوع على حائط وقع في نصيب الآخر كان جائزاً للتعامل، ولو كان كما ذكرنا، فاقتسما على أن يكون لأحدهما حق قرار السقف في نصيب الآخر، كان باطلاً لعدم التعامل، هذا إذا وقع الصلح على الترك.

١٧٩٨٨ - فأما إذا وقع الصلح على القلع، فهذا على وجهين: إن أعطى صاحب النخلة جاره دراهم ليقطع كان جائزاً؛ لأنه صار مستأجراً له ليقطع سعفه، فيجوز كما لو استأجر غيره، وكذلك لو كانت صاحب الظلة، إذا أعطى المخاصم دراهم ليهدم الظلة، كان جائزاً، وإن أعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان الصلح باطلاً؛ لأنه لا يمكن تجويزه، لا بطريق البيع، ولا بطريق الإجارة، أما بطريق الإجارة؛ لأنه استأجره لعمل هو مستحق عليه، فتكون الإجارة باطلة، ولا اعتبار للبيع؛ لأن القطع(١) حق مستحق للجار على صاحب النخلة، فإذا أعطاه دراهم ليقطع صار مشترياً حق نفسه بماله، فكذا في الظلة على طريق العامة، أو على طريق خاص، وكانت حديثة حتى كان يستحق النقض إذا أعطى المخاصم دراهم لصاحب الظلة ليطرحها، كان الصلح باطلاً، اعتبرناه إجارة، أو بيعاً، فكذلك هذا.

١٧٩٨٩ - قال: ولو أن رجلاً ادعى زرعاً في أرض رجل، فصالحه صاحب الأرض من ذلك على دراهم مسماة، فالصلح جائز؛ لأنه ادعى ما يجوز الاعتياض عنه، ويحتمل أن يكون ما ادعى حقاً، فإنه يجوز أن يكون الزرع لإنسان، والأرض لآخر، بأن كان غاصباً للأرض، فزرع مستأجراً، أو مستعيراً، أو مشترياً للزرع.

١٧٩٩٠ - قال: ولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما، فادعاه رجل فصالحه أحدهما على أن أعطاه مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع الذي ادعى، هل يجوز هذا الصلح؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون الزرع مدركاً، أو غير مدرك، فإن كان الزرع مدركاً، كان الصلح جائزاً؛ لأنه لو باع أحدهما نصف الزرع من غيره وهو مدرك، كان جائزاً؛ لأنه لا يتضرر بهذا البيع صاحبه، فإن المشتري متى قلع، لم يكن على صاحبه ضرر، وإذا كان الزرع مدركاً، فلما جاز البيع من أحدهما، جاز الصلح؛ لأنه بمعنى البيع، فأما إذا كان الزرع غير مدرك، فإنه لا يجوز الصلح إلا برضا صاحبه؛ لأنه لو باع نصف الزرع، وهو غير مدرك، لم يجز إلا برضا صاحبه؛ لأن صاحبه يتضرر بذلك، فكذا إذا صالح.

وهذا بخلاف ما لو صالح على أن يسلم له نصف الأرض مع أن الزرع على مائة

(١) وفي الأصل: لأن الإجارة

درهم، كان جائزاً ؛ لأنه لو باع نصف الزرع مع الأرض كان جائزاً ؛ لأنه لا ضرر على صاحبه، فإن البائع لا يجبر المشتري على القلع ؛ لأنه يترك الزرع في ملكه، ويقام المشتري مقام البائع، فإذا جاز البيع على هذا الوجه، جاز الصلح.

١٧٩٩١ - هذا الذي ذكرنا إذا كان الزرع مشتركاً، فأما إذا كان الزرع كله لواحد، فجاء إنسان، وادعى، فأعطاه المدعى عليه على أن يسلم له نصف الزرع من غير أرض، إن كان مدركاً، فإنه يجوز ؛ لأن هذا يجوز في الزرع المشترك، ففي غير المشترك أولى، وإن كان غير مدرك، وقد صالحه على نصف الزرع من غير أرض، فإنه لا يجوز ؛ لأنه لو باع نصف الزرع من غيره، من غير أرض، لم يجز فكذا الصلح.

١٧٩٩٢ - وفي الفتاوى : سئل إبراهيم بن يوسف عمن له على رجل ألف درهم، والمطلوب ينكر ذلك، فقال الطالب للمطلوب : صالحتك على مائة من الألف التي ثبت لي، وأبرأتك عن البقية، أو لم يقل : وأبرأتك عن البقية، قال : هو جائز، ويبرأ المطلوب عن الباقي في الحكم، ولكن لا يبرأ ديانة، وكذلك الطالب إذا أخذ الألف، وأنكر، فصالحه المطلوب على مائة، صح في الحكم، ولم يحل له فيما بينه وبين الله تعالى.

١٧٩٩٣ - رجل اشترى من آخر ضيعة، ولم يقبضها، ثم إن البائع باع هذه الضيعة من رجل آخر، وسلمها إليه، فأراد الأول أن يخاصم المشتري الثاني في الضيعة، فقال له المشتري الثاني : صالحني على كذا كذا من الدراهم، واترك الضيعة علي، ففعل، فذلك جائز، وتصير الضيعة ملكاً للثاني من جهة المشتري، وليس له أن يسترد ما أعطاه على هذا الشرط، وهذا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : ظاهر ؛ لأنهما يريان بيع العقار قبل القبض، فأما محمد لا يرى بيع العقار قبل القبض، فلا يجوز هذا الصلح عنده.

١٧٩٩٤ - وفي فتاوى الأصغر : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فقضاه دراهم مجهولة بالوزن، لا يجوز، ولو أعطاه على وجه الصلح، يجوز.

١٧٩٩٥ - أحد الورثة إذا أخذ جميع التركة بالتغلب، واستهلكها، والتركة عروض، وحيوانات، ثم إن هذا المستهلك صالح بقية الورثة على دراهم أو دنانير

موجهة، فقد قيل: إنه يجوز، وقد قيل: على قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز؛ لأن هذا الصلح يجوز من وجه، ويفسد من وجه، وعلى قول أبي حنيفة: يجوز؛ لأن هذا الصلح يجوز من وجهين، ويفسد من وجه، وما قالوا: خطأ محض؛ لأن على قولهما حق المستهلك عليه في القيمة، فيجوز هذا الصلح من وجهين، بأن كان بدل الصلح مثل المصالح عنه، أو أقل، ويصير من له الحق مستوفيًا بعض حقه، ومبرئًا عن بعض حقه، ولا يجوز من وجه، بأن يكون بدل الصلح أكثر من المصالح عنه، فكان الرجحان بجانب الجواز، وعلى قول أبي حنيفة: حق المستهلك عليه في العين، فيجوز هذا الصلح من جميع الوجوه، وورد فتوى من بعض البلدان، صورته: بعض الورثة إذا كان غائبًا، وهم كبار، والبعض حاضر، والحاضر امرأة الميت، وابن صغير له، فصالح الوصي المرأة عن نصيبها على بدل معلوم بشرائطه، فاتفق فتوى الأئمة أن الوصي إذا صالحها ليكون نصيبها للصغير يجوز، وإن صالحها ليكون نصيبها لجميع الورثة لا يجوز؛ لأن الوصي بهذا الصلح يصير مشتريًا نصيبها من التركة، والوصي لا يملك الشراء على الكبار من الورثة سواء كانوا حضورًا، أو غيبًا.

١٧٩٩٦- ادعى حقًا في دار، هي ميراث لجماعة، فصالح أحد الورثة المدعي على دراهم مسماة، أن يكون المدعى له خاصة، جاز، هكذا فتوى بعض مشايخنا، وقد ذكرنا أن الصلح إذا وقع عن مجهول يحتاج إلى تسليمه، لا يجوز، والمدعى ههنا في يد جميع الورثة، فيحتاج إلى تسليم ما في يد سائر الورثة سوى المصالح، فكيف يمكن تجويز هذا الصلح؟

١٧٩٩٧- وفي "مجموع النوازل" سئل شيخ الإسلام عطاء ابن حمزة عن رجل مات، وله مال في يد إنسان بغصب، أو عليه دين له فطلب منه الورثة تسليم ذلك، وعلى الميت دين مستغرق، والمدعى عليه يعلم ذلك، فصالح الورثة عما عليه، أو في يده بمقدار معلوم من مال نفسه، قال: لا يبرأ بهذا الصلح؛ لأن الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للورثة، فصار صلح الورثة، ولا ملك لهم في التركة، وصلح أجنبي آخر سواء.

١٧٩٩٨- وفي تركة فتاوي الفضلي: إسكاف سرق من حانوته خفاف لأقوام،

فأخذ الإسكاف السارق، وصالح معه على شيء إن كان ما سرق قائمًا، لا يجوز الصلح إلا بإجازة أربابها، وإن كان مستهلكًا يجوز، وإن لم يجزه أربابها بعد أن يكون الصلح على دراهم، ولا يكون الحط كثيرًا؛ لأن للمودع، والغاصب حق الصلح، واستيفاء الضمان، إلا أن هذا كالتوكيل، فلا يجوز صلحه على حط كثير.

١٧٩٩٩- وفي "مجموع النوازل": رجل ادعى على رجل دينًا خمسة آلاف درهم، وكرما في يديه، وأنكر المدعى عليه، ثم صالحه على ألف درهم، جاز الصلح معاوضة في حق الكرم، وفي حق الدراهم استيفاء لبعض الحق حطًا عن الباقي، ويقسم الألف على خمسة آلاف، وعلى الكرم على قدر القيمة حتى تظهر حصة الكرم، فيجوز الصلح بحصة الكرم معاوضة، وبحصة الدراهم حطًا وإسقاطًا.

١٨٠٠٠- وفيه أيضًا: سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن صحة خط صلح، وبراءة، وكان فيه ادعى فلان على فلان مالا معلومًا، وأنه صالحه من ذلك على ثمانية آلاف درهم، وكان في آخره، وأنه أبرأه جميع دعاويه وخصوماته، فقال: الصلح غير صحيح؛ لأنه أجمل المال الذي كان فيه الدعوى، فقال: ادعى مالا معلومًا، وصالح على كذا، ولا بد من بيان ذلك المال لينظر أنه من جنسه، أو من خلاف جنسه، ليعلم أنه صرف، أو ليس بصرف، ولينظر أنه مثل بدل الصلح، أو أقل أو أكثر، ليعلم أن فيه ربا، أو ليس فيه ربا، وقد ذكر في الخط قبض البدل في غير مجلس الصلح، وعلى تقدير كونه صرفًا، لا بد من قبض البدل في مجلس الصلح.

١٨٠٠١- وفيه أيضًا: سئل عن الصلح عن الإنكار عن دعوى فاسدة، أهو صحيح؟ قال: لا، ولا بد لصحة الصلح على الإنكار من صحة الدعوى؛ لأن طريق تصحيح الصلح ثابتًا في حق المدعي ليمكن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعي أن ما يأخذ، يأخذ عوضًا عن حقه، أو هو بعض عين حقه، فلا بد، وأن يكون الحق ثابتًا في حق المدعي فيمكن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعي بهذا الطريق.

١٨٠٠٢- قال في "الأصل": رجل ادعى في غنم رجل حقًا، فصالحه على صوف هذه الأغنام على أن يجيزه للحال، جاز في قول أبي يوسف، ولم يجز في قول

محمد رحمهما الله، ولو صالحه على صوف على ظهر غنم آخر، اختلف المشايخ فيه على قول أبي يوسف، ولو صالح على اللبن الذي في ضرعه، أو على الولد الذي في بطنه لا يجوز بالاتفاق.

١٨٠٠٣ - وأما بيع الصوف الذي على ظهر الشاة في ظاهر الرواية لا يجوز عند الكل، وروى عن أبي يوسف في "الأمالي": أنه إذا باع بشرط أن يجزه من ساعته يجوز، وهبة[1] الصوف على ظهر الغنم إذا سلطه على الجزاز، يجوز باتفاق الروايات، وهبة اللبن في الضرع، لا يجوز في إحدى روايتي كتاب الهبة، وإن سلطه على الحلب هو الصحيح.

١٨٠٠٤ - وأما الصلح على قوائم الخلاف يجوز كما هو بيع القوائم عند الكل، هكذا ذكر شيخ الإسلام في متفرقات الفقيه أبي جعفر، أن على قول بعض المشايخ بيع القوائم لا يجوز لجهالة موضع القطع.

١٨٠٠٥ - ادعى في أجمة في يد رجل حقا، فصالحه منها على أن يسلم صيدها للمدعي سنة، هل يجوز؟ فإن لم يكن الصيد الذي في الأجمة مملوكًا للمدعى عليه، لا يجوز الصلح على كل حال، كما لا يجوز البيع، وإن كان مملوكًا، بأن كان أخذه، وأرسله في الأجمة إن كان بحيث يمكن الأخذ من غير اصطياد، يجوز الصلح، كما يجوز البيع، وإن كان بحيث لا يمكنه الأخذ إلا باصطياد، لا يجوز الصلح كما لا يجوز البيع، والصلح على مخاتيم دقيق معلومة من هذه الحنطة، أو على عشرة أرطال مسماة من لحم هذه الشاة، وهي حية، أو على أرطال مسماة من دهن هذا السمسم لا يجوز.

والحاصل أن كل صلح يحتاج في تسليم المصالح عليه إلى القبض ابتداء، لا يجوز كما في البيع. صالحه من الدين على طعام إلى أجل، لا يجوز؛ لأن الطعام بمقابلة الدراهم مبيع، وإذا كان في الذمة لا يكون إلا مسلمًا، إذ المبيع في الذمة لا يكون إلا مسلمًا، فهذا سلم رأس ماله دين، فيكون باطلا.

١٨٠٠٦ - وإذا وقع الدعوى فيما يجري باليمين، فقال المدعى عليه للمدعي: صلح كن تا أزين دعوى برمن بده درهم كه بتو دهم، فقال المدعي: فعلت، لا يتم الصلح

[1] وفي الأصل: وجبة.

ما لم يقبل المدعى عليه. قلت: لأن هذا طلب البيع، ومن طلب البيع من غيره، فقبل ذلك الغير. معناه: لا يتم البيع ما لم يقل الطالب: قبلت.

وكذلك إذا وقع الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو الدراهم، والدنانير، فطلب الصلح على جنس آخر، فأما إذا وقع الدعوى في الدراهم، والدنانير، وطلب الصلح منه على ذلك الجنس، يتم الصلح بقول المدعي: فعلت، ولا يحتاج إلى قبول المدعى عليه؛ لأن هذا طلب إسقاط البعض، والإسقاط يتم بالمسقط، وإذا قال المدعي بعدما صالح مع المدعى عليه، وأخذ منه بدل الصلح: إني كنت مبطلاً في الدعوى، كان للمدعى عليه أن يرجع بما أخذ من بدل الصلح.

١٨٠٠٧ - وإذا ادعى على آخر أن له خمسين دينارًا في يده مال الشركة، وعليه خمسون دينارًا قرضًا، والمدعى عليه مقر بمال الشركة، ثم اصطلحا على خمسين دينارًا، لا يصح الصلح في حصة الشركة؛ لأن هذا الصلح في حصة الشركة معاوضة، فيكون ربا، ويصح الصلح في حصة القرض؛ لأن هذا الصلح في حصة القرض إسقاط البعض، وإذا أنكر المدعى عليه مال الشركة، ثم اصطلحا، فالصلح جائز في حصة الشركة، والقرض جميعًا؛ لأن بالإنكار يصير مال الشركة دينًا في الذمة، فيكون هذا الصلح إسقاطًا في حصة الشركة، والقرض جميعًا.

وإذا صالح من الدين على عين، ثم إنهما تصادقا على أنه لا دين بطل الصلح، هذا هو المذكور في عامة الكتب، وروى بشر(١) عن أبي يوسف: في رجل ادعى على رجل ألف درهم، وصالحه المدعى عليه على عبد له، ثم تصادقا على أن ليس عليه شيء، فالمدفوع إليه بالخيار، إن شاء، رد العبد على صاحبه، وإن شاء، أمسك العبد، ورد عليه ألف درهم.

١٨٠٠٨ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل باع عبدًا بألف درهم، وقبض الثمن، ولم يدفع العبد، فضمن رجل للمشتري تسليم العبد، وطلب المشتري العبد، فصالح الضامن من المشتري على أن يرد عليه الثمن، ومتى على المشتري، قال: هو جائز، ويتبع الثمن الذي قبض والعبد

(١) وفي الأصل: هشام عن أبي يوسف.

قال: ألا ترى أن رجلاً لو ادعى على رجل أنه باعه عبده هذا بألف درهم، وأنكر ذلك الذي العبد في يده، فصالحه من دعواه على أن يرد عليه الثمن، وقبضه ثم أقر المدعى عليه بالبيع، فالعبد له، والثمن للذي قبض، كذا هنا.

١٨٠٠٩ - وفي «فتاوى الفضلي»: رجل اشترى من آخر ضيعة، ثم اشتراها رجل آخر من البائع، واستولى المشتري الثاني عليها، وأخذها بالقهر والغلبة، ثم حضر المشتري الأول، وأراد أن يخاصم المشتري الثاني، فصالحه على مال معلوم معجل على أن يترك الضيعة في يد المشتري الثاني، ولا يخاصمه فيها، فقبض المشتري الأول المال، وترك الضيعة في يد المشتري الآخر، ثم إن المشتري الآخر أراد أن يسترد المال من المشتري الأول، ليس له ذلك، ويلزمه الضيعة في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف، وفي قياس قول محمد رحمه الله له ذلك، وهذا لأن المشتري الأول بهذا الصلح صار بائعاً الضيعة من المشتري الآخر، وبيع العقار قبل القبض جائز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فصارت الضيعة ملكاً للمشتري الآخر من جهة المشتري الأول، فلا يكون للمشتري الآخر حق الرد على المشتري الأول، أما على قول محمد رحمه الله: بيع العقار قبل القبض لا يجوز، فلا يجوز الصلح، فبقيت الضيعة على ملك المشتري الأول، وكان للمشتري الآخر أن يردها على المشتري الأول، والله أعلم.

كتاب الرهن

هذا الكتاب يشتمل على اثني عشر فصلاً :

الفصل الأول في بيان شرائطه .

الفصل الثاني في مسائل العدل

الفصل الثالث في هلاك المرهون بضمان وبغير ضمان .

الفصل الرابع في نفقة الرهن ، وما شاكلها .

الفصل الخامس في بيان ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن .

الفصل السادس في الزيادة في الرهن ، ورهن الرهن .

الفصل السابع في تسليم الرهن عند قبض المال .

الفصل الثامن في تصرف الراهن ، والمرتهن في المرهون .

الفصل التاسع في اختلاف الراهن ، والمرتهن في الرهن ، والشهادة فيه .

الفصل العاشر في رهن الفضة بالفضة ، أو الذهب بالذهب .

الفصل الحادي عشر في المتفرقات .

الفصل الثاني عشر في الدعاوى ، والرهن ، والخصومات فيه .

الفصل الأول

في بيان شرائطه

١٨٠١٠ - قال محمد رحمه الله في كتاب الرهن: لا يجوز الرهن إلا مقبوضًا، فقد أشار إلى أن القبض شرط جواز الرهن، قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده: الرهن قبل القبض جائز، إلا أنه غير لازم، وإنما يصير لازمًا في حق الراهن بالقبض، فكان القبض شرط اللزوم، لا شرط الجواز كالقبض في الهبة. والأول أصح؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة، والرهن عرف جوازه بخلاف القياس بالشرع؛ لأن الرهن إيفاء الحق من خلاف الجنس، وما عرف شرعًا بخلاف القياس يراعى فيه جميع الأوصاف التي ورد بها الشرع. وهذا القبض يقع بالتخلية في ظاهر الرواية، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله؛ لأن قبض الرهن بجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء يقع بالتخلية، فكذا القبض بجهة الاستيفاء، وعن أبي يوسف رحمه الله: إن كان مما ينقل، لا يصير قابضًا ما لم ينقل.

١٨٠١١ - ومن شرائطه أن يكون المرهون مقسومًا، حتى إن رهن المشاع عندنا لا يصح، سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة أو لا يحتمل، وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه، والشيوع الطارئ يبطل الرهن، هكذا ذكر في الزيادات، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي، وهو الصحيح، وصورته أن يرهن جميع العين، ثم يتفاسخا العقد في النصف، أو ما أشبه ذلك. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه رجع عن هذا، وقال: الشيوع الطارئ لا يبطل الرهن بخلاف المقارن، وقاس ذلك بصيرورة المرهون دينًا في الذمة، فإن من أتلف المرهون، أو باع المرهون بثمن، فالقيمة أو الثمن يكون رهنًا في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافًا إلى دين في الذمة لا يجوز، وجاز البقاء فكذا الشيوع.

١٨٠١٢ - ولو رهن أرضًا، وقبضها، ثم استحق طائفة منها، إن كان المستحق غير معين، يبطل الرهن في الباقي؛ لأنه تبين أن الرهن في الباقي من الابتداء وقع شائعًا،

وإن كان الاستحقاق بعده، بقي الرهن في الباقي صحيحاً، ولا يكون للمرتهن خيار فيما بقي، ولا يكون له مطالبة بشيء آخر مكان المستحق.

١٨٠١٣ - ومن شرائطه أن يكون المرهون محوزاً عن غيره، فارغاً عن الشغل حتى لو رهن ثمرة في نخل بدون النخل، أو زرعاً، أو رطبة بدون الأرض لا يجوز، وكذا لو رهن النخيل، أو الشجر دون الأرض، أو البناء دون الأرض، فهو باطل، إلا أن يقول: بأصولها، فحينئذ يدخل مواضعها من الأرض في الرهن، وذلك معين معلوم، فيجوز، وكذلك لو رهن الأرض دون البناء لا يجوز، ولو رهن الأرض دون النخيل لا يجوز في ظاهر الرواية، وكذا لو رهن الأشجار دون الثمار لا يجوز، قال في شرح الطحاوي: إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه، وسلمه إليه مفصولاً، أو أمر المرتهن بالفصل والقبض، فحينئذ يجوز في هذه المسائل كلها، فأما إذا رهن نخلاً فيه ثمرة، أو أرضاً فيها زرع، ولم يتعرض للزرع، والثمر بالنفي، والإثبات جاز، يدخل الزرع، والثمر في الرهن.

فالحاصل أن كل ما كان متصلاً بالمرهون اتصال اختلاط وامتزاج، يدخل في الرهن من غير ذكر، لأن فيه تصحيح الرهن من غير أن يلحق الراهن فيه ضرر، بخلاف البيع والهبة، أما البيع، فلأنه صحيح على كل حال، وأما الهبة، فلأن في إدخال غير الموهوب في الهبة زيادة ضرر للواهب.

١٨٠١٤ - ومن رهن داراً، فيها متاع الراهن لا يصح، قال في شرح الطحاوي: وكذلك لو رهن حانوتاً فيها متاع الراهن، أو رهن جوالقاً فيها متاع الراهن، والحيلة في ذلك أن يودع أولاً من المرتهن ما فيه من المتاع، ثم يرهن الدار والجوالق والحانوت منه، أو يودع المتاع منه بعدما رهن الدار، ثم يسلم إليه ما رهن، فيصح الرهن والتسليم.

١٨٠١٥ - ولو رهن المتاع الذي في الدار والجوالق والحانوت، وخلى بينه وبين المرتهن صح التسليم، لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والوعاء.

١٨٠١٦ - ومن شرائطه أن يكون المرهون يقبل البيع، والشراء، لأن الرهن عقد إيفاء، فإن بهلاكه يصير المرتهن مستوفياً لدينه، وفي الاستيفاء شبه بيع، فكان كالبيع، حتى لو رهن خمراً، أو خنزيراً بدين عليه لا يكون المرهون مضموناً عليه.

١٨٠٦٧ - ومن جملة شرائطه أن يكون الرهن حاصلا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، حتى لو رهن عما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، كان الرهن باطلا، كالرهن بالحدود، والقصاص، وكذلك الرهن بالأعيان.

قال شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده": الرهن بالأعيان باطل مضمونا كان العين أو غير مضمون، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه: أحدهما: الرهن بعين هي أمانة كالوديعة في يد المودع، وما أشبه ذلك، وإنه باطل، زاد في "شرح الطحاوي" على هذا فرعا، وقال: ليس له أن يحبسه رهنا به، ولو هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، ولو هلك بعد الحبس هلك مضمونا عليه.

والثاني: الرهن بعين، هو مضمون بنفسه كالمغصوب، وغيره، وإنه صحيح، فرع على هذا في "شرح الطحاوي"، وله أن يحبس الرهن بعين حتى يسترد العين، فإن هلك الرهن في يده قبل استرداد العين، لا يصير مستوفيا للعين، ويغرم الأقل من قيمة الرهن، ومما رهن به، ويسترد العين، ولو هلك العين قبل الرد، فله أن يحبس الرهن بضمان العين، فإذا هلك الرهن قبل استيفاء الضمان، صار مستوفيا للضمان، إذا كان في قيمته وفاء.

الثالث: الرهن بعين، هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع، فإنه لا يجوز، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة والكرخي في "مختصره"، فإن هلك قبل الحبس هلك أمانة، وإن هلك بعد الحبس، صار مضمونا عليه ضمان غصب.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أن المشتري إذا أخذ من البائع رهنا بالمبيع، يجوز، وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، فإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل من قيمته، ومن قيمة المبيع، ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه، وله أن يقبض المبيع، إذا أوفى ثمنه، وعليه أيضا ضمان الأقل بهلاك الرهن في يده، ولو هلك المبيع قبل القبض، والرهن قائم بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وعلى المشتري أن يرد الرهن، ولو هلك في يده قبل الرد هلك بالأقل، ويجب عليه ضمان الأقل للبائع، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع، وبطلان البيع، ولا يتم الرهن بقبض المرتهن، يتم بقبض العدل.

الفصل الثاني

في مسائل العدل

١٨٠٦٨ - قال محمد رحمه الله: إذا ارتهن الرجل من آخر رهنًا على أن يضعاه على يدي عدل، ورضي به العدل، وقبضه، تم الرهن حتى لو هلك في يد العدل يسقط دين المرتهن، كما لو هلك في يد المرتهن، ويصير العدل نائبًا عن المرتهن في حق هذا الحكم، ونائبًا عن الراهن في حق حكم الضمان، حتى لو استحق الرهن من يد العدل، وضمن المستحق العدل، فالعدل يرجع على الراهن، ولا يرجع على المرتهن، وليس للعدل أن يدفع الرهن إلى الراهن قبل سقوط الدين، إلا برضا المرتهن، وكذلك ليس له أن يدفعه إلى المرتهن، إلا برضى الراهن، فإن دفع إلى أحدهما من غير رضا الآخر، فله أن يسترده، ويعيده إلى يده، وإن هلك قبل الاسترداد، ضمن العدل قيمته، فإن أراد العدل أن يجعل القيمة رهنًا عنده، لا يقدر على ذلك؛ لأن القيمة وجبت دينًا في الذمة، فلو جعلناه رهنًا، صار الواحد قاضيًا ومقتضيًا ما عليه، فبعد ذلك إما أن يجتمع الراهن والمرتهن، ويقبضان ذلك من العدل، ويجعلانه رهنًا على يدي هذا العدل، أو على يدي عدل آخر، أو يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي حتى يأخذ القاضي القيمة، ويجعلها رهنًا عند هذا العدل، أو عند عدل آخر.

هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن العدل إن تعمد لرفع إلى أحدهما، يؤخذ منه القيمة، ويوضع على يدي عدل آخر، وإن أخطأ في الرفع، وكان بحيث يجهل مثله، فإنه يؤخذ منه، ثم يرد عليه إذا لم تظهر منه الخيانة، فبقي عدلًا على حاله، وليس للعدل أن يبيع الرهن إلا إذا كان مسلطًا على البيع، والتسليط على البيع إما أن يكون مشروطًا في عقد الرهن، أو يكون بعد تمام الرهن، وفي الوجهين جميعًا إذا باع العدل الرهن، كان الثمن رهنًا في يده حتى لو هلك الثمن في يد العدل سقط دين المرتهن، كما لو هلك الرهن في يده، وكذلك لو توى الثمن على المشتري، كان التوى على المرتهن، ويسقط دينه بهلاكه إذا كان به وفاء، ولا يعتبر قيمة الرهن بعد

البيع، وإنما يضمن الثمن، وإنما كان التوى على المرتهن؛ لأن الثمن قائم مقام الرهن، والرهن بعد ما تم إذا توى لا في يد الراهن في أي يد توى، كان التوى على المرتهن، فكذلك إذا توى الثمن، وإن أبى العدل البيع، إن كان التسليط مشروطاً[1] في الرهن، يجبر عليه، وإن كان التسليط بعد تمام الرهن، ذكر الكرخي في كتابه: أنه لا يجبر، وهو رواية عن أبي يوسف، وبه أخذ بعض مشايخنا، وبعض مشايخنا قالوا: يجبر، وإليه أشار محمد في الكتاب.

قال شيخ الإسلام: وهو الصحيح، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن التسليط إذا لم يكن مشروطاً في الرهن، لا يجبر العدل على البيع في ظاهر الرواية، ويروى عن أبي يوسف: أنه يجبر، ثم إن محمداً رحمه الله ذكر الجبر على البيع، ولم يبين تفسيره، قال شمس الأئمة الحلواني: تفسيره أن القاضي يحبسه أياماً، فإن لج[2] بعد ما حبس أياماً، يجبر الراهن على البيع، فإن لم يبع ذكر في الزيادات: والأظهر أن القاضي يبيع بنفسه قبل بيع القاضي، قولهما بناء على بيع مال المديون في دينه إذا لم يكن مرهوناً، وقيل: هو قول الكل، وهو الصحيح، ولو عزل الراهن العدل عن البيع، أو مات الراهن، هل ينعزل العدل؟ فالجواب في العدل نظير الجواب في الجبر على البيع.

١٨٠١٩ - وإذا باع العدل الرهن، وقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن والعدل في مقدار الثمن، فقال الراهن والعدل: باعه بمائة، وأعطاها المرتهن، وقال المرتهن: باعه بخمسين، فالقول قول المرتهن، وإذا أقاما البينة، فالبينة بينة الراهن؛ لأنه يدعي زيادة الإثبات، وبينته بينة، وإذا كان العدل مسلطاً على البيع إذا حل الأجل، فقال المرتهن: كان الأجل إلى شهر رمضان، وقد دخل رمضان، وقال الراهن: كان الأجل إلى شوال، فالقول قول الراهن في وقت التسليط على البيع، وفي وقت حلول الدين القول قول المرتهن؛ لأن التأجيل يستفاد من جهة المرتهن، فيكون القول قوله في مقداره، والتسليط على البيع يستفاد من جهة الراهن، فيكون القول في مقداره قول الراهن، وليس من ضرورة حلول الدين ثبوت التسليط على البيع لجواز أن سلطه على البيع

(١) وفي الأصل: مشروطٌ

(٢) وفي الأصل: صلح

بعد مضي شهر من حين يحل المال.

١٨٠٢٠ - وإن اتفقا على الأجل أنه شهر، واختلفا في مضيه، فالقول قول الراهن؛ لأن الأجل حق الراهن، وقد اتفقا على ثبوته، والمرتهن يدعي إيفاء ما عليه من الأجل، والراهن ينكر، وإذا باع العدل بالنسيئة ذكر في "الأصل" أنه يجوز من غير تفصيل، ومن غير ذكر خلاف، قالوا: هذا إذا باع بنسيئة معهودة بين الناس، أما إذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع مثلا إلى عشر سنين، أو ما أشبهه، ينبغي أن لا يجوز عنده.

وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال المرتهن[1]: يطالبني غريمي فبعه حتى آخذ منه، فباع بالنسيئة، لا يجوز، وكذا لو قال: بع عبدي، فإني أحتاج إلى النفقة، ولو كان الرهن في يد المرتهن، ولم يكن ثمة عدل، وسلط الراهن المرتهن على بيعه، واستيفاء دينه من ثمنه، فباع بالنسيئة، جاز بيعه كيف ما كان.

١٨٠٢١ - ولو كان في الرهن عدل، وسلطاه على بيعه، وإيفاء الدين من ثمنه، فباعه بالدراهم، وكان الدين دنانير، أو كان على العكس، كان له أن يصرف الثمن بجنس الدين، بخلاف ما إذا كان وكيلا بالبيع المفرد؛ لأن العدل كما هو مأمور بالبيع، فهو مأمور بقضاء الدين، ولا يمكنه قضاء الدين في مثل هذه الصورة إلا بصرف، فيدخل الصرف تحت الأمر بالبيع، بخلاف الوكيل بالبيع المفرد، وعلى هذا إذا كان الراهن سلط المرتهن على بيعه، واستيفاء الدين من ثمنه، فباعه بالدنانير، وكان الدين دراهم، كان له أن يصرف بالدراهم، ويستوفي منها دينه، وكذلك إذا باعه بالدراهم، ودينه حنطة، كان له أن يشتري بالدراهم حنطة، ويستوفي دينه.

١٨٠٢٢ - وإذا دفع العدل الرهن إلى أجنبي ودفعه من غير ضرورة، فهو ضامن؛ لأن العدل أمين في الرهن، وكذلك الجواب فيه كالجواب في المودع.

١٨٠٢٣ - وفي "المنتقى" بشر عن أبي يوسف: رجل رهن من آخر عبدا، ووضعاه على يدي عدل، وغاب الراهن، فقال المرتهن: أمرتك بالبيع، وقال العدل: لم

(١) هكذا في م و ب، وفي الأصل: بأن قال الراهن

بأمرني بالبيع، قال: لا أقبل بينة المرتهن عليه.

١٨٠٢٤ وفيه أيضاً: إذا مات العدل، وكان وكيلاً ببيع الرهن، فأوصى إلى رجل ببيعه، لا يجوز بيع وصيه، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة: وكلتك ببيع الرهن، وأجزت لك ما صنعت فيه، وليس لوصيه أن يوصي به إلى ثالث.

وروى عن الحسن عن أبي حنيفة: أن وصي العدل يقوم مقامه في البيع، وكذا روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف، قال أبو يوسف: وهو بمنزلة المضارب إذا مات، والمال عروض، فإن وصيه يقوم مقامه في البيع.

الفصل الثالث

في هلاك المرهون بضمان وبغير ضمان

١٨٠٢٥ - إذا هلك المرهون في يد المرتهن، أو في يد العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض، وإلى الدين، فإذا كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه، وإن كان قيمته أكثر من الدين سقط الدين أيضاً، وهو في الفضل أمين، وإن كان قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدر قيمة الرهن، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين، هذا هو الحكم في الرهن الصحيح، وكذلك الحكم في الرهن الفاسد.

هكذا ذكر في "الجامع" وفي "شرح القدوري"، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الكرخي: أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد لا يتعلق به الضمان، والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلاً، نص عليه محمد في "الجامع"، والباطل من الرهن ما لا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقداً، لكن بوصف الفساد، كالفساد من البيوع، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالاً، والمقابل به يكون مالاً مضموناً، وشرط جواز الرهن ما ذكرنا، ففي كل موضع كان الرهن مالاً، والمقابل به مالاً مضموناً، إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز، ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد، لكن بصفة الفساد لانعدام شرط الجواز، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً، أو لم يكن المقابل به مضموناً، لا ينعقد الرهن أصلاً، فعلى هذا يخرج المسائل، وإذا برئ الراهن من الدين من غير أداء، ولا إيفاء، إما بالهبة، أو بالإبراء، ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير أن يمنعه من الراهن، هلك مضموناً عليه قياساً.

وفي الاستحسان: يهلك أمانة، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة، وأما إذا برئ الراهن بالإيفاء، ثم هلك الرهن في يد المرتهن، هلك مضموناً حتى يجب على المرتهن رد ما استوفى على الراهن، والوجه في ذلك أن عقد الرهن عقد استيفاء، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفياً دينه بالعين في حق ملك اليد والحبس، ويتقرر ذلك الاستيفاء

بالهلاك من وقت وجود القبض، فإذا هلك الرهن بعد قضاء الدين، وتقرر الاستيفاء بالهلاك من وقت وجوده، ظهر أن القضاء حصل بعد الاستيفاء مرة، فظهر بطلان القضاء، فأما الإبراء يقتصر على الحال، فلا يظهر أنه كان قبل الاستيفاء، فلا ظهر بطلان الاستيفاء.

١٨٠٢٦ - وإذا تبرع إنسان بقضاء دين الراهن، سقط الدين، وكان للمطلوب أن يأخذ رهنه، فإن لم يأخذ حتى هلك الرهن، وجب على المرتهن رد ما قبض من المتبرع بناء على الأصل الذي قلنا، ويرده على المتبرع؛ لأن ما قضى لم يصر ملكًا للراهن؛ لأنه قضى بغير أمره، بل بقي على ملك المتبرع، فإذا وجب الرد وجب على المتبرع.

١٨٠٢٧ - إذا أحال الراهن المرتهن على رجل بالدين، وهلك الرهن بعد ذلك، يهلك مضمونًا بالدين قياسًا، واستحسانًا، وكان ينبغي أن يهلك أمانة استحسانًا؛ لأن الراهن برئ من الدين من غير إيفاء، وكان بمنزلة ما لو برئ بالإبراء.

والجواب أن الراهن برئ من الدين بعوض، وكان بمنزلة ما لو برئ بالإيفاء، بيانه أن الحال لا يخلو إما أن يكون للراهن على المحتال عليه دين، أو لا يكون دين، فإن كان عليه دين، يزول ذلك الدين عن ملكه متى استوفى المحتال له ذلك، وإن لم يكن عليه عليه دين، فأداه المحتال رجع بما أدى على الراهن، فكان بمنزلة ما لو برئ بالإيفاء من هذا الوجه، ولم يذكر في "الأصل" ما إذا أراد الراهن بعد الحوالة أن يأخذ الرهن من يد المرتهن، هل له ذلك؟ قالوا: ذكر هذه المسألة في "الزيادات" في موضعين، ذكر في أحدهما: أن له ذلك، وفي الآخر: أنه ليس له ذلك.

١٨٠٢٨ - وإذا رهن من آخر عينًا يساوي ألفًا بألف، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء، وكان هذا التصادق بعد ما هلك الرهن، كان على المرتهن أن يرد ألفًا على الراهن؛ لأن حالة الهلاك الرهن كان مضمونًا ظاهرًا، فحصل الاستيفاء حكمًا، وبعد الاستيفاء الحقيقي لو وجد التصادق على الوجه الذي قلنا، كان على المستوفي أن يرد ما استوفى، كذا ههنا، فأما إذا تصادقا قبل هلاك الراهن أنه لم يكن عليه شيء، ثم هلك الرهن يهلك مضمونًا، أو أمانة.

ذكر شيخ الإسلام أن فيه اختلاف المشايخ، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه

الله: نص محمد رحمه الله في "الجامع" أنه يهلك أمانة، وعلى هذا إذا رهن عبداً بكر حنطة، ومات العبد، ثم تصادقا أن الكر لم يكن، فعلى المرتهن قيمة الكر؛ لأنه صار مستوفيًا لذلك ظاهراً، وعن أبي يوسف: أنه لا شيء على المرتهن، وإن تصادقا بعد الهلاك؛ لأن تصادقهما حجة في حقهما، وقد تصادقا عند الهلاك أن الدين لم يكن، واستيفاء العين بدون الدين لا يتصور. وأجناس هذه المسائل في الباب الرابع من رهن "الجامع"، وإذا أعطاه رهنًا مكان الأول، فالرهن هو الأول ما بقي القبض دون الثاني، حتى لو هلك الأول، هلك مضمونًا بالدين، ولو هلك الثاني يهلك أمانة، فإذا رد الأول صار الثاني رهنًا، فلو هلك بعد ذلك يكون مضمونًا.

هذا هو بيان حكم الهلاك، فأما حكم النقصان، فإن كان النقصان من حيث العين، يوجب سقوط الدين بقدره بلا خلاف، وإن كان النقصان من حيث السعر، لا يوجب سقوط شيء من الدين عند علمائنا الثلاثة؛ لأن سبب ضمان الرهن القبض، والقبض يرد على العين، لا على القيمة؛ لأن القيمة دراهم، وأو دنانير، والمرتهن لم يقبض الدراهم، أو الدنانير، إنما قبض العين، وإذا كان النقصان من حيث العين، فقد انتقض ما ورد عليه القبض، فجاز أن يكون مضمونًا، وإذا كان النقصان من حيث السعر، فلم ينتقض ما ورد عليه القبض؛ لأن نقصان السعر ليس إلا نقصان القيمة، فلا يكون مضمونًا.

١٨٠٢٩ - ابن سماعة رحمه الله عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل مال، فقضى له بعضه، ثم دفع إليه عبدًا، وقال هذا رهن عندك بما بقي من مالك، أو قال: هذا رهن عندك بشيء، أو كان بقي لك، فإني لا أدري أبقي لك شيء من المال، أو لم يبق، فهو رهن جائز، وهو رهن بما بقي، إن كان قد بقي منه شيء، وإن لم يبق منه شيء، وهلك العبد في يد المرتهن، فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه لم يأخذ على شيء مسمى، ولو قضاه الراهن ماله، ثم قال: خذ هذا رهنًا بما كان فيها من زيوف أو ستوقة، فهو رهن جائز بما كان فيها ستوقًا، فأما الزيف فهو استيفاء، فلا يكون رهنًا به.

١٨٠٣٠ - وروى بشر عن أبي يوسف: إذا أخذ رهنًا بالعيب في المشتري، أو بالعيب في الدراهم التي اقتضى لم يجز.

١٨٠٣١ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل له على آخر ألف درهم غلة، فقال الذي عليه الدين لرب الدين: أمسك هذا الألف الوضح بحقك، واشهد لي بالقبض فهذا اقتضاء، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح حتى آتيك بحقك، واشهد لي بالقبض، فهذا رهن.

١٨٠٣٢ - قال لآخر: أقرضني، فقال: لا أقرضك إلا برهن، فرهنه رهنًا، فضاع قبل أن يقرضه، ولم يكن سمى ما يقرضه، فإنه يعطيه ما شاء، قال محمد رحمه الله: إنه لا يستحق أقل من درهم، ذكره في "مجموع النوازل".

وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف: رجل رهن رجلاً ثوبًا، وقال: أرجع إليك، وآخذ منك شيئًا، فضاع الرهن، قال أبو حنيفة رحمه الله: يعطيه المرتهن ما يشاء، وكذلك قولنا، وذكر في موضع آخر من "المنتقى" عن أبي يوسف: إذا قال لغيره: أقرضني، وخذ هذا الرهن، ولم يسم القرض، وأخذ الرهن، ولم يقرضه حتى ضاع الرهن، فعليه قيمة الرهن.

ولو استقرض منه خمسين درهمًا، فقال المرتهن: لا يكفيك، لكن ابعث إلي برهن حتى أبعث إليك ما يكفيك، فبعث إليه بالرهن، فضاع في يد المرتهن، فعليه الأقل من الرهن، ومن خمسين درهمًا.

والحاصل أن المستقرض إذا سمى شيئًا، ورهن، فهلك الرهن قبل أن يقرضه، فالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومما سمى، وإن لم يكن سمى شيئًا، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما على ما بينا.

١٨٠٣٣ - وفي "المنتقى" أيضًا ابن سماعة عن محمد: المديون إذا دفع إلى رب الدين ثوبين، وقال: خذ أيهما شئت رهنًا بالمائة التي لك علي، فأخذهما، فضاع في يده لا يذهب من الدين شيء؛ لأنه لم يأخذ أحدهما رهنًا بعد، قال: وهو بمنزلة ما لو كان لرجل على رجل عشرون درهمًا، فدفع إليه المديون مائة درهم، وقال: خذ منها عشرين، فضاعت قبل أن يأخذها، فإنها من مال الدافع، والدين عليه بحاله، ولو كان قال وقت الدفع: خذ أحدهما رهنًا بدينك، فأخذهما وضاعا عنده هلك نصف كل واحد منهما بالدين.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: أنه إذا هلك رهن المديون هلك بجميع الدين، وإن هلك رهن المتبرع هلك بنصفه، والوجه لما ذكر في رهن الأصل: أن الرهن من المتبرع صحيح؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمًا، والإيفاء الحقيقي كما يصح من المديون، يصح من الفضولي، فكذا الرهن.

١٨٠٣٧ - وإذا صح الرهن انقسم الدين على أصل الرهن، وعلى الزيادة نصفان، كما لو حصل الزيادة من الراهن، وقيمة الأصل يوم الرهن ألف، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ألف، وهناك ينقسم الدين عليهما نصفان، كذا ههنا، وإذا أراد أحدهما أن يفتك رهنه بقضاء نصف الدين، ليس له ذلك، وأيهما هلك، هلك بنصف الدين، والوجه في ذلك أن الرهن من الفضولي لما صح، صار كأن الراهن هو الذي زاد، فلو زاد بنفسه، ثم أراد أن يفتك أحدهما بقضاء الدين، ليس له ذلك، ولو هلك أحدهما هلك بنصف الدين؛ لأنهما مالان، ورهنا بمال واحد، والجواب في رهنين رهنا بمال واحد ما ذكرنا، والمسألة تأتي بعد هذا.

١٨٠٣٨ - فإن قيل: يجب أن لا تصح الزيادة في الرهن من الفضولي؛ لأن الفضولي بهذه الزيادة قصد الإضرار بالراهن، وذلك لأن الرهن قبل زيادة المتطوع كان بجميع الدين، وبعد الزيادة يصير مضمونًا على المرتهن بنصف الدين، ولو هلك بعد هذا مال الراهن، هلك بنصف الدين، فالمتطوع بهذه الزيادة قصد إبطال نصف الضمان عن الرهن، وفيه ضرر على الراهن، ولو قصد إبطال كل الضمان عن الرهن بتصرفه، وكان لا يقدر؛ لأن الراهن يتضرر به، كذا إذا قصد بتصرفه إبطال نصف[1] الضمان عن الرهن؛ لأن الراهن يتضرر به.

والجواب عنه أنه لا ضرر على الراهن للحال في زيادة المتطوع، إنما يتوهم الضرر في الثاني، بأن يهلك مال الراهن، فيهلك بنصف الدين لا بجميع الدين، وكما يتوهم الضرر في الثاني، يتوهم المنفعة في الثاني، وما يتوهم من المنفعة في الثاني راجح على ما يتوهم من الضرر؛ لأن توهم الضرر من وجه واحد، وهو أن يهلك مال الراهن، وتوهم المنفعة من وجوه ثلاثة. إحداها: أن المرتهن إنما يكتفي برهن المتطوع،

(١) وفي الأصل وم: كل الضمان.

ويرد رهن الراهن، والثاني: أنه يتوهم هلاك مال المتبرع، وإذا هلك ماله سقط نصف الدين، فيبقى رهن الراهن بنصف الدين إذا قضى نصف الدين بفكاك، وقبل ذلك لا يفتك إلا بقضاء جميع الدين، ويتوهم أن يقضي المتطوع جميع الدين ليفتك ماله، فيبقى رهن الراهن بغير شيء، فما يتوهم من النفع في الثاني أرجح مما يتوهم من الضرر، فتكون العبرة للراجح، ويسقط اعتبار الضرر، نظير هذا ما قالوا فيمن وكل رجلا بأن يبيع عبده بألف، فباعه بألفين جاز؛ لأن فيه منفعة للموكل للحال، فجاز، وإن كان يتوهم الضرر في الثاني بأن يقبض الوكيل الثمن ألفي درهم، ويهلك في يده، ثم يجد المشتري عيبًا، فيرده على الوكيل، فيأخذ منه جميع الثمن، ثم يرجع الوكيل على الموكل بألفي درهم، ولو كان باعه بألف كان يرجع عليه بألف، فيتوهم الضرر من هذا الوجه، إلا أن المنفعة لما كانت راجحة؛ لأن المنفعة تقدر، الضرر موهوم قد يكون، وقد لا يكون سقط اعتبار الضرر، وبقيت العبرة للمنفعة، فكذا هذا.

١٨٠٣٩ - وفي «فتاوى أبي الليث»: رهن شجرة فرصاد، تساوي مع الورق عشرين، فذهب وقت الأوراق، وانتقص منه، قال أبو بكر الإسكاف: يذهب من الدين بحصة النقصان، قال الفقيه أبو الليث: وعندي أنه لا يسقط من الدين، وهذا بمنزلة تغير السعر؛ لأن الشجرة لم تتغير عن حالها، فلا يسقط شيء من الدين، إلا أن يكون النقصان في الثمن لنقصان في نفس الشجرة، أو لتناثر الأوراق، فحينئذ يسقط من الدين بحسابه، وقول الفقيه أبي بكر أشبه، وأقرب إلى الصواب؛ لأن الأوراق بعد ذهاب وقتها لا قيمة لها أصلا، ولا يقابل بشيء، فصار بمنزلة الهلاك.

١٨٠٤٠ - الحسن بن زياد في «كتاب الاختلاف»: رهن رجل من آخر عبدين بألف درهم، فاستحق أحدهما، فالثاني رهن بحصته، ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف، وكذلك إن كان أحدهما حرًا، أو مدبرًا. وفي «العيون» عن محمد: رجل رهن غلامين بألف درهم قيمتهما ألف درهم، ثم قال للمرتهن: إني احتجت إلى أحدهما، فرده علي، ففعل، فإن الثاني رهن بنصف الألف، لو هلك يهلك من الدين نصفه، ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف، وفيه أيضًا: إذا أبق العبد المرهون بطل الدين إن كان مثل قيمة العبد، أو دونه، فإن وجد العبد عاد رهنًا سقط من الدين بحساب عيب الإباق، إن كان هذا أول إباق منه، وإلا لم ينقص منه شيء من الدين.

١٨٠٤١ - وفي "المجرد" عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا أبق العبد الرهن، ثم وجد، بطل من الدين بقدر ما نقصه الإباق من غير تقييد بما إذا كان أول إباق منه، ولو كان القاضي جعل الرهن بما فيه حين أبق، ثم ظهر العبد، فهو رهن على حاله، بخلاف المغصوب إذا عاد من الإباق بعد ما قضى القاضي على الغاصب بالقيمة، وهذا لأن جعل الرهن بالدين من أحكام الجاهلية، جاء الشرع بتغييره بقوله: لا يغلق الرهن، فكان هذا القضاء باطلا، فصار وجوده والعدم بمنزلة، بخلاف تمليك المضمون بالضمان.

١٨٠٤٢ - ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل قال لآخر: خذ هذه العشرة رهنًا بالدراهم التي لك علي، ودفعها إليه، فإذا هي خمسة، قال: يكون رهنًا بنصف درهم، ولا يفتكها إلا بجميع الدين، وكذلك لو قال: خذ هذا القلب، فإن فيه عشرة دراهم، فهو رهن بالدراهم التي لك علي، فإذا في القلب خمسة، فهو رهن بنصف درهم. وعنه أيضًا: رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم، وأبى البائع أن يدفعها إليه حتى يقبض الثمن، فقال المشتري: لا أدفع إليك الثمن حتى تدفعها إلي، فاصطلحا على أن يضع المشتري الثمن على يد عدل حتى يدفع البائع إليه الجارية، فهلك الثمن في يد العدل، فهو من مال المشتري؛ لأنه لم يجعل بينه وبين البائع

ولو كان البائع قال: ضع رهنًا بالثمن على يدي هذا الرجل حتى أدفع إليك الجارية، فوضعه رهنًا بالثمن، فهلك، هلك من مال البائع.

١٨٠٤٣ - إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل رهن من آخر عبدًا يساوي مائتين مثلا بمائة، فاعور العبد، قال أبو حنيفة رحمه الله وزفر: ذهب نصف المائة؛ لأن بالاعورار ذهب نصف العبد، فيذهب من الدين بقدره، وروى الحسن بن أبي مالك: أن قول أبي يوسف رحمه الله في الابتداء كان مثل قول أبي حنيفة رحمه الله، ثم رجع، وقال: يقوم العبد صحيحًا، ويقوم أعور، فيذهب من الدين بحساب النقصان، قال: العبد مال، فالنقصان في ذلك، وفي الجناية على قدر النقصان من قيمته، وكذلك قال في أحد قوليه: إذا قتل العبد خطأ يجب قيمته بالغة ما بلغت، ولا يعقل العاقلة؛ لأنه مال، قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل رهن من آخر كر حنطة تساوي مائة بمائة، ثم إن الراهن قال للمرتهن: خذ هذا الكر من الشعير رهنًا مكان الحنطة، ورد

على الحنطة، وأخذ منه الشعير، ورد من الحنطة نصفها ثم احترق الشعير، وباقي الحنطة في يد المرتهن ذهب نصف الحنطة بنصف الدين، ولا ضمان عليه فيما ذهب من الشعير؛ لأن قبل رد الحنطة لا يصير شيء من الشعير رهناً، وقد مر جنس هذا من قبل.

١٨٠٤٤ - بشر عن أبي يوسف: رجل له على رجل مال، فأعطاه المديون ثوباً، وقال: أمسك هذا حتى أعطيك حقك، قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن، وقال أبو يوسف: هو وديعة، وليس برهن، ولو قال: أمسك هذا بمالك، فهو رهن في القولين جميعاً، المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا رهن من آخر عبداً قيمته ألفان بألف على أن المرتهن ضامن للفضل، فهو رهن فاسد، ابن سماعة عن محمد: رجل رهن من آخر عبداً، فقال المرتهن: آخذ هذا على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء، فقال الراهن: نعم، قال: الرهن جائز، والشرط باطل، وإن ضاع ذهب بالمال.

الفصل الرابع

في نفقة الرهن وما شاكلها

١٨٠٤٥ - قال محمد رحمه الله في "الأصل" : نفقة الرهن على الراهن إذا كان الرهن شيئًا يحتاج إلى النفقة كالعبد، والدابة، وهذا لأن النفقة لا تعتمد الملك، إنما يعتمد المنفعة حتى وجب نفقة المستعار على المستعير، مع أنه لا ملك للمستعير، ونفقة الزوجة تجب على الزوج مع أنه لا ملك للزوج في رقبتها. قلت: ومعظم المنفعة في إمساك الرهن حاصل للراهن؛ لأن قبض الراهن قبض إيفاء حكمًا؛ لأن المرتهن عند الهلاك يصير مستوفيًا لدينه حكمًا، وفي الإيفاء منفعة للراهن والمرتهن، إلا أن ما يحصل للراهن بالإيفاء الحكمي مثل ما يحصل له بالإيفاء الحقيقي، فإنه في الحالين تبرأ ذمته، وما يحصل للمرتهن بالإيفاء الحكمي دون ما يحصل له بالإيفاء الحقيقي، فإنه متى استوفى حقيقة ينتفع بالمستوفى، ومتى استوفى حكمًا، لا ينتفع بالمستوفى، فصار معظم المنفعة في إمساك الرهن للراهن، فتكون النفقة عليه.

ألا ترى أن نفقة المستأجر على الآجر؛ لأن معظم المنفعة في إمساكه للآجر، وكذلك نفقة الموصى له بالخدمة لرجل، وبالرقبة لآخر على الموصى له بالخدمة؛ لأن معظم المنفعة به، كذا هنا، وكذلك أجر الحمال الذي يحمل عليه العلف من السوق إليها على الراهن، وكذلك كسوته على الراهن، ويستوي في ذلك أن يكون الرهن في يد المرتهن، أو العدل.

١٨٠٤٦ - وفي "مجموع النوازل" : إذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن، فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين، فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء له على الراهن، وهذا قول زفر، وقال أبو يوسف: ليس له أن يحبس بالنفقة، وإذا هلك في يد المرتهن، فالنفقة دين على الراهن بحاله، وثمن الدواء، وأجرة الطبيب على المرتهن.

ذكر المسألة مطلقة في موضع من كتاب الرهن، وذكر في موضع آخر من كتاب

الرهن : أن مداواة الجراحات ، والقروح ، ومعالجة الأمراض تجب قسمتها ، فما كان من حصة المضمون ، فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الأمانة ، فعلى الراهن ؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة مودع ، ونفقة الوديعة على المودع ، وهكذا ذكر القدوري في شرحه ، ومن المشايخ من قال : إنما يجب ثمن الدواء ، وأجرة الطبيب على المرتهن إذا كانت الجراحة ، أو المرض حدث عند المرتهن ، أما إذا كان حادثاً عند الراهن يجب على الراهن ، ومن المشايخ من قال : لا ، بل يجب على المرتهن على كل حال ؛ وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه .

وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني : أن ما حدث عند المرتهن من ذلك ، فثمن الدواء ، وأجرة الطبيب على المرتهن ، وما كان عند الراهن إن لم يزدد في يد المرتهن حتى لم يحتج فيه إلى زيادة مداواة ، فالمداواة على الراهن ، وإذا ازداد في يد المرتهن حتى احتيج فيه إلى زيادة مداواة ، فالمداواة على المرتهن ، لكن لا يجبر المرتهن عليه ؛ لأن الراهن كان لا يجبر على المداواة ، وإن كان يجبر على النفقة ، فالمرتهن أولى ، لكن يقال له : هذا أمر حدث عندك ، فإن أردت إصلاح مالك ، وإحياءه حتى لا يتوي مالك ، فداوه .

١٨٠٤٧ - وفي «شرح الطحاوي» : حفظ الرهن على المرتهن حتى إن الراهن لو شرط للمرتهن شيئاً على الحفظ لا يصح ، ولا يستحقه بخلاف الوديعة ، فإن المودع إذا شرط للمودع شيئاً على الحفظ يصح ، ويستحقه ، وأجرة الراعي إذا كان الرهن شيئاً يحتاج إلى رعيه على الراهن ، وأجر المأوى ، والمربط على المرتهن ، وكذلك أجر الحارس على المرتهن ، وعن أبي يوسف : أنه إن كان في منزل المرتهن سعة فعليه أن يأوي الدابة إليه ، وإن لم يكن فيه سعة ، واحتاج المرتهن إلى أن يتكارى له منزلاً ، فالكراء على الراهن .

١٨٠٤٨ - وفي «القدوري» : لو كان الرهن أمة فولدت ، فأجر الظئر على الراهن ، وسقي البستان ، وتلقيح النخيل ، وجداد الثمر على الراهن ، وذكر هناك أصلاً فقال : كل نفقة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته ، فهو على الراهن ، وكل ما كان لحفظه أو لرده على المرتهن ، أو لرد جزء منه فات فعلى المرتهن

١٨٠٤٩ - قال محمد رحمه الله في "الأصل" : وما أنفق المرتهن على الرهن ، والراهن غائب ، فهو فيه متطوع ، فإن أمره القاضي أن ينفق ، ويجعله ديناً على الراهن ، فهو دين عليه ، فقد أشار إلى أن بمجرد أمر القاضي لا تصير النفقة ديناً على الراهن ، فإنه قال : ويجعله القاضي ديناً ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : وهكذا يقول في كتاب اللقيط ، وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بد من التنصيص على أن يكون ذلك ديناً على الراهن ، أما بمجرد الأمر بالانفاق لا يصير ديناً ، وهذا ؛ لأن أمر القاضي في هذا الموضع ما كان لإلزام المأمور شيئاً ، فإنه لا يلزمه الانفاق ، وإن أمره القاضي بذلك ، لكن المقصود هو النظر ، وذلك يتردد بين الأمر بالانفاق حسبة ، وبين الأمر بالانفاق ليكون ديناً ، فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما ، فلا يصير ديناً إلا بالتنصيص عليه .

١٨٠٥٠ - وفي "المنتقى" عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا كان الرهن غائباً ، وأنفق المرتهن على الرهن بقضاء القاضي رجع على الراهن بها ، وإن كان الراهن حاضراً ، لا يرجع عليه ، وقال أبو يوسف : فيهما جميعاً يرجع عليه .

الفصل الخامس
فيما يجب للمرتهن من الحق في الرهن

١٨٠٥١- إذا مات الراهن، وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن أحق بالرهن؛ لأنه كان أحق بالمرهون من الراهن حال حياته، فكذا ما بعد وفاته.

وإذا رهن من آخر رهنًا فاسدًا على أن يقرضه ألف درهم، وتقابضا، ثم تناقضا الرهن بحكم الفساد، وأراد الراهن استرداد الرهن، ليس له ذلك حتى يرد على المرتهن ما أداه المرتهن؛ لأن المرتهن إنما أداه الدراهم مقابلا بما قبض من الرهن، فلا يكون له ولاية نقض يد المرتهن ما لم يرد عليه ما أداه إليه، فإن مات الراهن في هذه الصورة، وعليه ديون كثيرة، كان المرتهن أحق بالرهن من غرمائه، كما كان أحق به من الراهن حال حياته.

ولو كان رهنه بدين له عليه رهنًا فاسدًا، وسلمه، ثم تناقضا الرهن، وأراد الراهن استرداد الرهن قبل أن يؤدي دينه، فله ذلك، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الراهن قبض بمقابلة الرهن شيئًا، فتثبت المقابلة حقيقة، أما هنا لم يقبض بمقابلة الرهن شيئًا حتى تثبت المقابلة، ولم يتعلق الرهن بذلك الدين حتى تثبت المقابلة حكمًا لفساد السبب، فكان للراهن أن يسترد، وبخلاف الرهن الصحيح؛ لأن هناك تثبت المقابلة حكمًا؛ لأن الرهن يتعلق بذلك الدين، أما هنا بخلافه، فإن مات الراهن في هذه الصورة، وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن لايكون أحق بالرهن من غرماء الراهن، كما لم يكن أحق به من الراهن حال حياته.

١٨٠٥٢- هذه الجملة في بيوع "الجامع": وإذا رهن من آخر أعيانًا، وقبضها المرتهن، ثم إن الراهن قضى بعض الدين، وأراد أن يقبض بعض الرهن، ينظر إن لم يبين حصة كل واحد منهما لم يكن له ذلك، وإن بين، ذكر في "الزيادات": أن له ذلك، وذكر في كتاب الرهن: أنه ليس له ذلك، قيل: ما ذكر في "الأصل" قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وما ذكر في "الزيادات" قول محمد رحمه الله،

وقيل : في المسألة روايتان ، وهو الأصح ، فقد ذكر ابن سماعة في النوادر جواب محمد رحمه الله مثل ما أجاب به في الأصل .

أما إذا لم يبين حصة كل عين ، فوجهه أن الصفقة وقعت متحدة ، وفي قبض البعض تفريق الصفقة على صاحبه ، وأما إذا بين حصة كل عين ، فوجه ما ذكر في الأصل : أن الصفقة متحدة ؛ لأن قوام الصفقة بالإيجاب ، والقبول ، وقد اتحدا ، ووجه ما ذكر في الزيادات : أن العقد يعرف بحكمه إذ هو المقصود ، وحكمه يقوم بمحله ، فيتحد باتحاد المحل ، ويتعدد بتعدده ، إلا إذا تعذر القول بالتعدد .

وفيما إذا لم يبين حصة كل عين تعذر القول بالتعدد ؛ لأنه لو تعدد صار البدل في كل عقد مجهولاً ، وإذا بين حصة كل فقد ارتفع هذا التعذر ، فبقي على قضية الأصل ، وقد استشهد في الزيادات لبيان أن تفريق التسمية يوجب تفريق الرهن ، فقال : ألا ترى أنه إذا سمى لأحد العبدين ألف درهم ، وللآخر مائة دينار ، فقضى ما بإزاء أحدهما من المال ، ملك قبضه .

وقال : وألا ترى أن من رهن من آخر عبداً بألف درهم يجوز ، ويصير نصفه رهناً بنصف الألف ، وثلثه رهناً بثلث الألف ، ولو صرّح به ، فقال : رهنت منك نصف هذا العبد بخمسمائة وثلثه بثلث الألف لا يجوز ؛ لأن الرهن قد اختلف ، وعند الاختلاف الرهن يتمكن الشيوع ، قال مشايخنا : والمسألتان موضوعتان على رواية كتاب الرهن .

الفصل السادس

في الزيادة في الرهن ومن الرهن

١٨٠٥٣ - يجب أن يعلم بأن الزيادة في الرهن حال قيام العقد صحيحة استحسانًا عند علمائنا الثلاثة، وصورتها أن يرهن رجل عبدًا من رجل بألف درهم ثم يزيد الراهن ثوبًا ليكون رهنًا مع العبد بالدين الذي رهن به العبد، صحت الزيادة استحسانًا، والتحقت بأصل العقد، وجعل كأن العقد ورد على الأصل، والزيادة حتى صار الثوب مع العبد رهنًا مضمونًا بالدين الذي رهن به العبد، والزيادة في الدين لا تصح عند أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله، حتى إنه إذا رهن من آخر عبدًا بدين له عليه، ثم حدث للمرتهن زيادة دين على الراهن بالاستقراض، أو بالشراء، أو بسبب آخر، فجعل الرهن رهنًا بالدين القديم رهنًا به، وبالدين الحادث.

فعلى قولهما: لا يصير رهنًا بالدين الحادث، حتى لو هلك، يهلك بالدين القديم، ولا يهلك بالدين الحادث، وعند أبي يوسف يصير رهنًا بهما جميعًا، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن، فإنما يصير رهنًا بالدين القائم وقت شرط الزيادة دون الساقط، والمستوفى؛ لأن الرهن إيفاء، وإيفاء الساقط، والمستوفى لا يتصور، ويقسم الدين على الأصل، والزيادة على قدر قيمتهما، غير أن قيمة الأصل تعتبر وقت القبض بحكم العقد، وقيمة الزيادة تعتبر وقت القبض بحكم الزيادة، فأيهما هلك بعد ذلك إما الأصل أو الزيادة، هلك بما فيه من الدين، وبقي الباقي رهنًا بما فيه، هذا هو الكلام في الزيادة في الرهن.

١٨٠٥٤ - جئنا إلى نماء الرهن، فنقول: نماء الرهن نوعان: نوع لا يدخل في الرهن، وهو ما لا يكون متولدًا من العين، ولا يكون بدلًا عن جزء من أجزاء العين، وذلك نحو الكسب، والهبة، والصدقة، وأشباهها، ونوع يدخل في الرهن، وهو ما يكون متولدًا من العين كالولد والثمر، والصوف والوبر، أو يكون بدلًا عن جزء من أجزاء العين كالأرش والعقر.

الفصل السابع
في تسليم الرهن عند قبض المال

١٨٠٥٥ - قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل رهن من آخر جارية تساوي ألف درهم بألف درهم، فجاء المرتهن يطلب دينه، وأبى الراهن ذلك حتى يحضر المرتهن الجارية، والراهن والمرتهن في مصر هما، فإنه يؤمر المرتهن بإحضار الجارية أولاً، ولو لقيه في غير المصر الذي رهنه فيها، وطالبه بقضاء الدين، وأبى الراهن ذلك حتى يحضر الرهن، أجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يؤمر المرتهن بإحضار الرهن، سواء كان الرهن شيئًا له حمل ومؤنة، أو لا حمل له ولا مؤنة.

من مشايخنا من قال: هذا الجواب في الذي لا حمل له، ولا مؤنة جواب القياس، وفي الاستحسان: يجبر المرتهن على الإحضار أولاً؛ لأن الأمكنة فيما لا حمل له، ولا مؤنة كمكان واحد، ولهذا في باب السلم لا يشترط مكان الإيفاء فيما لا حمل له، ولا مؤنة بالإجماع، فصارت الأمكنة كلها كالمصر الذي وقع فيه انعقاد عقد الرهن.

ومنهم من قال: ما ذكر جواب القياس والاستحسان، وهو الصحيح، ولو أن رجلاً له على آخر ألف درهم منجم، فرهنه بالمال كله رهنًا يساويه، فحل نجم، وطالبه المرتهن بذلك القدر، وأبى الراهن أداءه حتى يحضر الرهن، لا يجبر المرتهن على إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه؛ لأن المرتهن لا يؤمر بتسليم الرهن؛ لأن المرهون محبوس بجميع أجر الدين، فإن قال الراهن: قد توى الرهن، وصار المرتهن مستوفيًا دينه، فليس علي قضاء شيء من الدين، وطلب من القاضي أن يأمره بالإحضار، فيصير حاله معلومًا، فالقياس أن لا يأمره بالإحضار، وفي الاستحسان قال: إذا كانا في المصر الذي رهنه فيه، يأمره بالإحضار، وإن رأى القاضي في المصر أن لا يكلفه إحضار الرهن، ويحلفه البتة: بالله ما ضاع الرهن، ولا توى، ويأمر الراهن أن يعطيه ما حل عليه من دينه فعل ذلك؛ لأنه ربما يكون نظر المرتهن في هذا، فإنه لو أحضره، لا يأمن القاضي أن يخرجه من يد المرتهن بطريق التغالب.

١٧٥٨٦ - رجل رهن عند رجل جارية، ووضعاها على يدي عدل، فمات العدل، وأودع الرهن عند من في عياله، فحضر المرتهن يطلب دينه من الراهن، فقال: لا أعطيك حتى تحضر الرهن، وقال المودع: أودعني فلان، ولا أدري ما هو؟ فإن الراهن يجبر على قضاء الدين؛ لأن المرتهن عاجز عن إحضار الرهن؛ لأن يد العدل قيمة وراء الاستيفاء يد الراهن، ويكون عاجزاً عن إحضاره، فلا يتأخر بتأخيره تسليم الدين، فإن توى الرهن في يد العدل رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه. وكذلك لو غاب العدل، وذهب بالرهن، ولا يدرى أين غاب؟ يجبر الراهن على قضاء الدين. وإن قال الراهن: إن الرهن قد هلك في يد العدل، استحلف المرتهن عليه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ويستحلف على العلم؛ لأنه يستحلف على الهلاك في يد الغير، فإن نكل صار مقراً بالهلاك والاستيفاء، فلا يكون له على الراهن بعد ذلك سبيل، وإن حلف لم يصر مقراً بذلك، وكان له قبض دينه.

ولو كان الذي أودعه العدل الرهن جحد الرهن، وقال: هو لي، فلا سبيل للمرتهن على الراهن حتى يثبت أنه رهن عند القاضي؛ لأن جحود العدل للرهن توى، فإن الشرع جعل القول قوله، ويكون ثبوت الاستيفاء - والله أعلم -.

الفصل الثامن
في تصرف الراهن أو المرتهن في المرهون تصرفًا

١٨٠٥٧ - إذا تصرف الراهن في المرهون قبل سقوط الدين من غير رضى المرتهن تصرفًا يلحقه الفسخ كالبيع، والإجارة، والكتابة، والهبة، والصدقة، والإقرار، ونحوها، لا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن أصلًا، ولا يبطل حقه في الحبس، وإذا قضى الراهن الدين، وبطل حق الحبس نفذ تصرفات الراهن، وإن تصرف تصرفًا لا يلحقه الفسخ، كالعتق نفذ، وبطل الرهن عندنا، ثم بعد ذلك ينظر إن كان الراهن موسرًا، فلا سعاية على العبد، وعلى الراهن الضمان، وإن كان الدين حالًا في الأصل، أو كان مؤجلًا، إلا أنه قد حل أجله أجبر الراهن على القضاء، وإن لم يحل الأجل أخذ المرتهن قيمة العبد، وحبسها بدله مكان العبد، وإن كان الراهن معسرًا، فللمرتهن أن يستسعي العبد، وينظر في ذلك إلى قيمة العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن، وإلى الدين، فيستسعي العبد في أقلها، ثم يرجع العبد على الراهن بما سعى إذا أيسر، ويرجع المرتهن على الراهن ببقية دينه إن فضل الدين على السعاية، وإن كان مكان الإعتاق تدبير، فالجواب فيه نظير الجواب في الإعتاق، إلا في حرفين، أحدهما: أن في فصل العتق إذا كان الراهن معسرًا، فالعبد يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء، وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغًا ما بلغ، والثانية: أن في التدبير لا يرجع المدبر على المولى بما سعى؛ لأن بالتدبير لا يخرج من أن يكون سعايته مال المولى، فيسعى في جميع الدين، ولا يرجع، ولا كذلك العتق.

١٨٠٥٨ - وإذا آجر المرتهن من أجنبي بغير أمر الراهن، فالغلة للمرتهن، ويتصدق بها عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله؛ لأنه بمنزلة الغاصب، وإن كان المرتهن آجر بإذنه كان الأجر للراهن، وينتقض الرهن حتى لا يعود رهنًا إلا بتجديد من ذي قبل(١)، وكذلك لو أن المرتهن رهن الرهن من غيره بإذن الراهن

---

(١) وفي نسخة: مستقبل

ينتقض الرهن، ولا يعود رهنًا إلا بتجديد من ذي قبل(١). فإن كان المرتهن استهلك هذه الأمة في ملكه، وإن هلكت في يده فلا ضمان عليه؛ لأنه وكيل بالإجارة، والجواب في الوكيل بالإجارة إذا قبض الأجر على هذا الوجه.

وإن كان الرهن دابة أو عبدًا، فركب المرتهن الدابة، أو استعمل العبد بغير إذن الراهن، فهلك في حالة الاستعمال، فإنه ضامن، ولا يسقط شيء من الدين، ويكون القيمة رهنًا عنده مقام العين، كما لو أتلفه أجنبي آخر، وإن ترك الاستعمال عاد رهنًا كما كان، حتى لو هلك في هذه الحالة هلك مضمونًا بالدين. وإن كان الراهن أذن له في ذلك، فهلك في يده في حال الاستعمال هلك غير مضمون حتى لا يسقط بشيء من الدين؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن بإذن المرتهن، ويهلك الجواب كما قلنا ثمة وهنا كذلك.

وكذلك لو أعاره الرهن بإذن الراهن من أجنبي، أو أعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبي، فهلك في يد المستعير، لا يسقط شيء من الدين، ولكن للمرتهن أن يعيده إلى يده، والحاصل أن بيد العارية ينعدم ضمان الرهن، ولكن لا يرتفع عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن يعيده إلى يده، فلو ولدت ولدًا في يد المستعير راهنًا كان المستعير أو أجنبيًا أو مرتهنًا، كان الولد مرهونًا، وبعد الإجارة والرهن يبطل عقد الرهن، وبعد الوديعة لا يبطل عقد الرهن حتى لو أودع المرتهن الرهن من رجل بإذن الراهن، أو أودعه الراهن بإذن المرتهن، كان للمرتهن أن يعيده إلى يده.

٥٨٩٤٦ - وإذا كان المصحف رهنًا، وأذن الراهن للمرتهن أن يقرأ فيه، فالمصحف في حالة القراءة عارية، لو هلك، هلك بغير شيء، وإذا فرغ من القراءة عاد رهنًا كما كان، وفي عارية الواقعات: رجل رهن عند رجل خاتمًا، وقال للمرتهن: تختم به، فتختم به، فهلك في حالة التختم إن أمره أن يتختم به في الخنصر يهلك أمانة، والدين على حاله؛ لأنه صار عارية، فخرج من أن يكون رهنًا مضمونًا، فإن أخرجه من الإصبع، ثم هلك هلك بالدين؛ لأنه عاد رهنًا، وإن أمره أن يتختم به في البنصر، فهلك في حالة التختم يهلك بالدين؛ لأنه لم يكن عارية؛ لأن هذا أمر

---

(١) ليس من ط

بالاستحفاظ، لا بالاستعمال، هو الصحيح، فلو أمره أن يتختم به في الخنصر، ويجعل الفص من جانب الكف، فهلك، ولو لم يأمره أن يجعل الفص من الجانب الكف سواء، هو الصحيح، ذكره شيخ الإسلام في باب إجارة الحلي.

١٨٠٦٠ - وإذا باع أحدهما، إما الراهن، أو المرتهن الرهن بإجازة صاحبه، خرج من أن يكون رهنًا، وكذلك إذا باعه أحدهما بغير إجازة صاحبه، فأجازه صاحبه بعد ذلك، خرج منه أن يكون رهنًا، وكان الثمن رهنًا مكانه قبض من المشتري، أو لم يقبض، فإن توى الثمن على المشتري، أو توي بعد ما قبض منه كان التوى على الراهن، وكان للمرتهن من الحبس في الثمن ما كان له من الحبس في الرهن، الذي بيع إلى أن يقضي دينه، كذا ذكره الكرخي في مختصره.

وقال القدوري: وهذا على وجهين: إن كان البيع مشروطًا في عقد الرهن، فالثمن رهن؛ لأن البيع حينئذ من حقوق الرهن، فلا يوجب بطلان الرهن، كالإمساك، ولأن المرتهن إنما شرط البيع في الرهن زيادة في التوثق، فلو زال ذلك حقه من الثمن بطل مقصوده. أما إذا لم يكن البيع مشروطًا، فإنه يوجب انتقال الحق إلى الثمن عند محمد رحمه الله.

قال الطحاوي في اختلاف العلماء: لم نجد في ذلك خلافًا، وذكر القدوري رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله: أن المرتهن إن شرط في الإجارة أن الثمن رهن، فهو رهن، وإلا فقد خرج من الرهن، وفي شرح الطحاوي: أن الثمن رهن من غير فصل، وهو الصحيح؛ لأن الثمن بدل المرهون، فيتعلق به ما يتعلق بالمرهون.

١٨٠٦١ - وفي مجموع النوازل: إذا رهن من غيره ثوبًا يساوي عشرين درهمًا بعشرة دراهم، ثم إن الراهن أذن للمرتهن في لبسه، فلبسه، ونقصه ستة دراهم، ثم لبسه المرتهن بغير إذن الراهن، فنقصه أربعة دراهم، ثم ضاع الثوب، وقيمته عشرة دراهم، فالمرتهن يرجع على الراهن بدرهم.

ووجهه أن الثوب لما رهن بعشرة، وقيمته عشرون صار كل درهمين رهنًا بدرهم، فإذا ذهب ستة بلبس المرتهن بإذن الراهن، فقد وجب للمرتهن على الراهن ثلاثة؛ لأن هذه الستة ذهبت باستعمال الراهن معنى؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال

الراهن بنفسه. فضمان الستة الذاهبة تكون على الراهن، وذلك ثلاثة دراهم بمقابلة كل درهمين درهم، فإذا ذهب أربعة بعد ذلك بلبس المرتهن بغير إذن الراهن، فهذه الأربعة كلها تكون مضمونة على المرتهن؛ لأنها ذهبت باستعماله، فصار متلفاً، وقيمته عشرة، صار المرتهن مستوفياً من دينه خمسة، وقد وجب للراهن على المرتهن أربعة، وللمرتهن على الراهن ثلاثة، فصار ثلاثة بثلاثة قصاصاً، وبقي على الراهن درهم، فيحتسب عليه من حقه، ويبقى له إلى تمام حقه درهم؛ لأنه استوفى خمسة بهلاك الرهن، وتقاص ثلاثة بطريق المقاصة، واحتسب عليه درهم عما هلك باستعماله، فجملة ما حصل له سبعة، بقي له إلى تمام حقه درهم، فيرجع بذلك على الراهن.

١٨٠٦٢ - وإذا أثمر النخيل، أو الكرم، وهو رهن، فخاف المرتهن على الثمر الهلاك، فباعه من غير أمر القاضي، لم يجز بيعه، وكان ضامناً، وإن باعه بأمر القاضي، أو باعه القاضي بنفسه، نفذ البيع، ولا يجب الضمان. وإن جز الثمر، وقطف العنب بغير أمر القاضي، لا يضمن استحساناً؛ لأن هذا من باب الحفظ، وحفظ المرهون حق المرتهن، وكذلك إذا حلب الغنم، والإبل لا يضمن استحساناً، ولو كانت شاة، أو بقرة فذبحها، وهو يخاف الهلاك يضمن قياساً واستحساناً.

والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع، والإجارة، فذلك ليس مملوك للمرتهن، ولو فعل يضمن وإن كان فيه تحصين، وحفظ عن الفساد إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي، فحينئذ لا ضمان عليه، وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك وإن كان بغير أمر القاضي إذا كان فيه تحصين، وحفظ عن الفساد. فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

ومما يتصل بهذا الفصل

١٨٠٦٣ - إذا رهن من آخر شاة تساوي عشرة بعشرة، وأذن الراهن للمرتهن أن يحلب لبنها، ويشرب منه، ففعل المرتهن ذلك، لا ضمان عليه؛ لأن فعل المرتهن بإذن الراهن كفعل الراهن بنفسه، ولو فعل الراهن ذلك بنفسه، لا ضمان على المرتهن، فكذا إذا فعله المرتهن بإذنه، فإن حضر الراهن بعد ذلك، يفتك الشاة، أفتكها بجميع الدين.

لأن فعل المرتهن بإذن الراهن كفعل الراهن، فصار الراهن عند أخذ الشاة مسترداً كل الرهن، وكان عليه أداء كل الدين. فإن هلكت الشاة، وفي يد المرتهن قبل أن يحضر الراهن، ثم حضر الراهن، قال: يقسم الدين على قيمة الشاة يوم قبضت، وعلى قيمة اللبن يوم شرب، فيسقط حصة الشاة، ويبقى حصة اللبن.

وكذلك لو ولدت ولداً، فأكل المرتهن الولد بإذن الراهن، فكان الجواب فيه كالجواب في اللبن. وكذلك لو أكل أجنبي الولد بغير إذن الراهن، أو اللبن بإذن الراهن، أو المرتهن كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أكل المرتهن بإذن الراهن، وإن كان المرتهن أكل اللبن، أو الولد بغير إذن الراهن، وجب عليه الضمان، وصار الضمان مع الشاة محبوساً بالدين؛ لأن الضمان قائم مقام الولد واللبن، فيكون محبوساً كالولد واللبن. وإذا هلكت الشاة بعد ذلك، هلكت بحصتها من الدين، ويأخذ الراهن الضمان بحصته من الدين؛ لأنه قائم مقام الولد واللبن، والحكم فيهما هذا. فكذا فيما قام مقامهما. وإن أكل الراهن الولد، أو اللبن بغير إذن المرتهن، ضمن القيمة، ويكون الضمان محبوساً عند المرتهن مع الشاة، إذ يهلك هدراً؛ لأن الضمان قائم مقام الولد واللبن. ولو هلك الولد واللبن في يد المرتهن هلك هدراً، فكذا إذا هلك ما قام مقامهما. فإن هلكت الشاة بعد ذلك، هلكت بجميع الدين. كما لو هلكت بعد هلاك الولد واللبن.

الفصل التاسع

في اختلاف الراهن والمرتهن في الرهن والشهادة فيه

١٨٠٦٤ - إذا اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هلك في يديك، وقال المرتهن: قد قبضته مني بعد الرهن، وهلك في يديك؛ فالقول قول الراهن؛ لأن المرتهن مدعي عليه، استرداداً عارضاً، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الراهن أيضاً، ويضمن المرتهن ضماناً، وإن قال المرتهن: هلك في يد الراهن، قبل أن أقبضه، كان القول قوله لإنكاره دخوله في ضمانه، والبينة بينة الراهن لأنه يثبت إيفاء الدين.

إذا قال الراهن: رهنتك هذه الجارية بخمسمائة، وقال المرتهن: رهنتنيها بألف، فالقول قول الراهن مع يمينه، ولم يكن رهناً إلا بخمسمائة، ولو قال الراهن: رهنتكها بألف، وقال المرتهن: لا، بل رهنتنيها بخمسمائة، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنهما يتحالفان ويترادان.

١٨٠٦٥ - وروى عيسى بن أبان عن محمد رحمه الله: إذا كان الرهن ثوباً، وأذن الراهن للمرتهن في لبسه فلبسه، وهلك، واختلفا في هلاكه أنه في حالة اللبس، أو بعد ما نزعه، وعاد إلى الرهن، فالقول قول المرتهن؛ لأنهما قد اتفقا على خروجه من الرهن، فلا يصدق الراهن في عوده إلى الرهن.

١٨٠٦٦ - وعنه أيضاً: رهن من آخر عبداً يساوي ألف درهم بألف درهم، وسلط الراهن المرتهن على بيعه، فقال المرتهن: بعته بخمسمائة، وقال الراهن: لم تبعه، ولكنه مات في يدك، فإن الراهن يحلف بالله ما تعلم أن المرتهن باعه بخمسمائة، ويكون القول قوله، ولا يستحلف أنه لقد مات في يد المرتهن؛ لأنه لو قال: لا أدري أنه مات في يده أم لم يمت في يده، ولكني أدري أنه لم يبعه، كان ذلك له، فيحلفه بالله ما يعلم أنه باعه.

١٨٠٦٧ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان الرهن ثوباً، وقد أذن الراهن

للمرتهن في لبسه يومًا، فجاء المرتهن بالثوب إلى الراهن، وهو متخرق، فقال : إنه متخرق في لبس ذلك اليوم، وقال الراهن : لم تلبسه في ذلك اليوم، ولم يتخرق في لبسك، فإن القول قول الراهن، وإن أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم غير أنه قال : أصابه هذا الخرق قبل اللبس، أو بعده، فالقول قول المرتهن : إنه أصابه في لبسه؛ لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن، وكان القول قول المرتهن في مقدار ما عاد إلى ضمانه. بخلاف المسألة الأولى؛ لأن فيها قد اتفقا على دخوله في الضمان ضمانًا صحيحًا، ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان، ولا يقبل قول المرتهن في ذلك إذا كان الرهن عبدًا، فأقام الراهن بينة أنه أبق عند المرتهن، وأقام المرتهن بينة أنه أبق من يد الراهن بعد ما رده عليه.

قال ابن سماعة : قال محمد رحمه الله : آخذ بينة المرتهن؛ لأنه قد أبق عنده، ثم يجحده ليرده، فيكون دينه على حاله، وهو بريء منه.

١٨٠٦٨ - بشر عن أبي يوسف : إذا وقع الاختلاف بين الراهن، والمرتهن في ولد المرهونة، فقال المرتهن : ولدته عندي، فالقول قوله؛ لأنه في يده، ولم يقر أنه أخذه من غيره، ولو قال المرتهن : رهنتهما جميعًا، وقال الراهن : رهنتك الأم وحدها، فالقول قول الراهن، وإذا أنكر الراهن الرهن، فإن كان المرتهن ادعى الرهن مع القبض : تقبل بينته على الارتهان، والقبض، وإن كان قد ادعى مجرد العقد، لا تسمع منه البينة عليه؛ لأن مجرد العقد ليس بلازم، وإن كان المرتهن جحد الرهن، لا تسمع من الراهن البينة على الرهن؛ لأن العقد غير لازم من قبل المرتهن، وسواء شهد الشهود على معاينة القبض، أو على إقرار الراهن بذلك، فهو سواء عند أبي حنيفة رحمه الله في القول الآخر، وهو قولهما.

١٨٠٦٩ - إذا أقام الراهن بينة أنه رهنه عبدًا يساوي ألفي درهم بألف درهم، وأنكر المرتهن الرهن، ولا يدري ما صنع بالعبد، ضمن قيمة العبد يحتسب له من ذلك مقدار الدين، ويرد الباقي على الراهن، ولو أقر المرتهن بالرهن، والموت عنده هلك بما فيه، ولا يضمن الزيادة؛ لأنه أمين في الزيادة، ولم يوجد منه جحود، فلا يضمن الزيادة.

الفصل العاشر

في رهن الفضة بالفضة والذهب بالذهب

١٨٠٧٠ - مما يجب اعتباره في هذا الفصل أن الإناء المصنوع إذا قوبل بجنسه رهنًا، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يعتبر الوزن في الاستيفاء عن الهلاك، ولا يعتبر الصنعة، والجودة، وعلى قولهما : كذلك إلا إذا أدى اعتبار الوزن وحده إلى إلحاق الضرر بأحدهما، أما الراهن أو المرتهن، فحينئذ يعتبر الصنعة، والجودة كما يعتبر الوزن، وإذا وجب اعتبار الصنعة، والجودة عندهما، ولا يمكن جعل المرتهن مستوفيًا مع اعتبار الصنعة، والجودة لمكان الربا، أو غير ذلك، يجب القيمة من خلاف الجنس.

١٨٠٧١ - بيان هذا الأصل فيما إذا رهن من آخر قلب فضة، وزنه عشرة، وقيمته عشرة بعشرة دراهم، فهلك القلب سقط جميع الدين بلا خلاف؛ لأن بالوزن وفاء بالدين، وكذلك بالقيمة، وإن كانت قيمة القلب لرداءته ثمانية فهلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يسقط جميع الدين؛ لأنه يعتبر الوزن في الاستيفاء عند الهلاك، وفي الوزن وفاء بالدين، وعندهما يغرم المرتهن قيمته من خلاف الجنس، ولا يهلك بالدين؛ لأنه إن هلك بالدين بوزنه يتضرر به المرتهن؛ لأنه يصير مستوفيًا دينه عشرة بشيء قيمته ثمانية، وإن هلك بقيمته أدى إلى الربا، ويصير مستوفيًا من دينه ثمانية بشيء وزنه عشرة، وإذا تعذر ضمان الوزن اعتبرنا ضمان القيمة؛ لأن الراهن ما رضي بقبض المرتهن إلا بجهة الضمان، وإذا اعتبرنا القيمة من خلاف الجنس تحرزًا عن الربا.

١٨٠٧٢ - ومن رهن من آخر قلب فضة وزنه ثمانية بدين عشرة، فهلك القلب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يصير مستوفيًا من دينه ثمانية سواء كانت قيمة القلب مثل وزنه، أو أقل، أو أكثر، وسواء كانت قيمته مثل الدين، أو أقل، أو أكثر منه؛ لأنه يعتبر الوزن عند الهلاك، وعندهما إن كانت قيمته مثل وزنه ثمانية يصير مستوفيًا من دينه ثمانية، وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفيًا للدين؛ لأنا لو جعلناه مستوفيًا باعتبار الوزن وحده؛ لأن قيمته

أقل من الوزن، ولا يمكن جعله مستوفياً باعتبار الوزن، إما لدفع ضرر المرتهن، أو للتحرز عن الربا، فتعين التضمين من خلاف جنسه، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، وأقل من الدين، أو مثل الدين، فكذلك الجواب يضمن قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفياً للدين؛ لأنا لو جعلناه مستوفياً باعتبار الوزن وحده يتضرر به الراهن، ولو جعلناه مستوفياً باعتبار الصنعة والجودة، يؤدي إلى الربا، ويتضرر به المرتهن، فتعين التضمين من خلاف الجنس.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر يضمن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه عندهما؛ لأنه تعذر اعتبار الاستيفاء، فيجب القيمة، وإنما تجب قيمة هذا المقدار؛ لأن ما زاد عليه أمانة، ويجبر إليه، ويكون رهناً مع ما ضمن من قيمة خمسة أسداسه.

١٨٠٧٤ - وإذا رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة، فهلك القلب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يصير المرتهن مستوفياً دينه بثلثي القلب على كل حال، سواء كانت قيمته مثل وزنه، أو أكثر من وزنه عشرين، يصير المرتهن مستوفياً دينه بثلثي القلب، وإن كانت قيمة القلب أقل من وزنه، أو أكثر من الدين اثني عشر ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب، وذلك قدر الدين من خلاف جنسه، وإن كان قيمته مثل اثني عشر، أو أقل من الدين ثمانية، يضمن قيمة جنسه، الذي في القيمة فضل على الدين، لتعذر الاستيفاء.

هذا هو الكلام فيما إذا هلك، وأما إذا انكسر القلب، وفسد، فلا يسقط شيء من الدين بالإجماع؛ لأنه لو سقط صار المرتهن مستوفياً شيئاً من دينه بالجودة، ولا وجه للشبه؛ لأن الاستيفاء لا يقع بالجودة، وإنما يقع بالوزن، وإذا لم يسقط من الدين ماذا يصنع؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يجبر الراهن على الفكاك[1] بجميع الدين؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار به، فإنه يصل إليه ماله ناقصاً من غير أن يسقط شيء من دينه، بل يخير إن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن القيمة، وترك

(١) هكذا في ظ وم، وفي الأصل وب: على الهلاك.

صنعة لها قيمة، ضم إلى الوزن من الصناعة ما يتم به مقدار الدين؛ ويجعل ذلك مضمونًا، وصرف الأمانة إلى ما بقي من الصنعة، والجودة للضرورة؛ وإذا لم يجد في الوزن ما يفي بالدين، فضم إليه من الصنعة التي هي قيمة تمام الدين.

فهذا هو بيان مذهب محمد رحمه الله، وصار الكلام في فصل الانكسار في موضعين: أحدهما: أنه إذا لم يفت شيء من الوزن، ولا من الجودة التي هي مضمونة بالانكسار، هل يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين؟ على قولهما: لا يجبر، بل يخير، وعلى قول محمد: يجبر على الفكاك بجميع الدين، والثاني: أنه إذا فاته بالانكسار شيء من الوزن، أو من الجودة التي هي مضمونة، وثبت للراهن الخيار، إذا اختار ترك القلب على المرتهن يتركه بالدين، أو بالقيمة؟ على قول محمد يتركه بالدين، إلا إذا تعذر، فحينئذ يتركه بالقيمة، وعلى قولهما يتركه بالقيمة، إلا أنهما يختلفان في كيفية ضمان القيمة على نحو ما بينا.

١٨٠٧٤ - يبنى على ما ذكرنا إذا رهن من آخر قلب فضة، وزنه عشرة، وقيمته عشرة بعشرة، فانكسر القلب، وفسد، لا يجبر الراهن على الفكاك بلا خلاف، لا وجه أن يفتكه بجميع الدين؛ لأنه يتضرر، ولا وجه إلى أن يسقط شيء من الدين في مقابلة النقصان؛ لما ذكرنا، فيخير كما لو انكسر القلب في يد الغاصب، وإذا خير، قال أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله: إن شاء افتكه بجميع الدين، ورضي بالنقصان، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه؛ لأن التقويم من خلاف الجنس لتحرز عن الربا، ولا ربا ههنا؛ لأن قيمة القلب مثل الوزن.

وقال محمد رحمه الله: إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء جعله للمرتهن بدينه، وإن كان قيمته لرداءته أقل من وزنه ثمانية، وانكسر، فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاتفاق، فهما مرا على أصولهما، ومحمد ترك أصله، حيث لم يثبت خيار الجعل بالدين لتعذره؛ لأنه إن جعل بالدين بوزنه يتضرر به المرتهن، وإن جعل بالدين بقيمته يؤدي إلى الربا، وإذا تعذر الجعل بالدين تعين ضمان القيمة، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر، فانكسر في يد المرتهن، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين،

وإن شاء ضمن المرتهن قيمة الرهن سواء كانت قيمة القلب مثل وزنه ثمانية ، أو أقل من وزنه سبعة ، أو أكثر من وزنه ، وأقل من الدين تسعة ، أو مثل الدين عشرة ، أو أكثر من الدين ، أو اثنى عشر ، وتعتبر القيمة بالغة ما بلغت في الوجه الثالث والرابع والخامس ، وتعتبر الصنعة ، والجودة عنده مضمونة تبعًا للوزن ، غير أن في الوجه الأول تعتبر القيمة من جنسه لانعدام الربا ، وفي الوجه الثاني تعتبر القيمة من خلاف الجنس لتحقق الربا[١] .

وعند أبي يوسف رحمه الله : الجواب كما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله : في الوجه الأول ، والثاني والثالث والرابع ، وفي الوجه الخامس إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف الجنس ؛ لأن عنده المضمون قدر الدين من الوزن ، والصنعة جميعًا ، وخمسة أسداس القلب وزنه ، وصنعته مثل الدين .

وعند محمد رحمه الله : في الوجه الأول ، وهو ما إذا كانت قيمته مثل الوزن ، وإن شاء الراهن أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء جعله للمرتهن بثمانية من دينه ، وفي الوجه الثاني ، والثالث ، والرابع إن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف الجنس لتعذر الجعل بالدين ، وفي الوجه الخامس إن فات بالانكسار درهم ، أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين ، وإن فات أكثر من ذلك يخير إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمن المرتهن من القلب ما يساوي عشرة ، وليس له أن يجعله بالدين لمكان العذر .

١٨٠٧٥ - وإذا رهن من آخر قلب فضة ، وزنه خمسة عشر بعشرة فانكسر ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله . الراهن بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمن المرتهن قيمة ثلثي القلب على كل حال ، غير أنه إذا كانت قيمته مثل وزنه ضمنه قيمة ثلثيه من جنسه ، وفيما عدا ذلك يضمن قيمة ثلثه من خلاف جنسه .

وعند أبي يوسف رحمه الله : إن كانت قيمته مثل وزنه فكذلك ، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين مثلاً ، فإن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته

(١) وفي الأصل : لتحقق الربا عند أبي حنيفة

نصفه من خلاف جنسه ؛ لأن عنده بشيع الأمانة ، والضمان في الوزن والجودة ، وبقدر الدين من الوزن والجودة مثل نصفه ، وإن كانت قيمته أقل من وزنه ، وأكثر من الدين اثني عشر ، فإن شاء افتكه ، وإن شاء ضمن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه .

وإن كانت قيمته مثل وزنه عشرة ، أو أقل من وزنه ثمانية ، فإن شاء افتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمة جميعه من خلاف جنسه .

وأما عند محمد رحمه الله : فإن كانت قيمته مثل وزنه إن شاء افتكه بجميع الدين ، وإن شاء جعل نصفه للمرتهن بنصيبه ؛ وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين ، فقد انتقص بالانكسار عشرة ، أو أقل يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين ، وإن كان أكثر إن شاء افتكه بجميع دينه ، وإن شاء ترك ثلثه للمرتهن بحقه ، وإن كانت قيمته أقل من وزنه ، وأكثر من الدين اثني عشر ، فإن شاء افتكه بجميع دينه ، وإن شاء ضمنه قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه ، وإن كانت قيمته مثل وزنه عشرة ، أو أقل من وزنه ثمانية ، فإن شاء افتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمة جميعه من خلاف جنسه .

٢٠٧٦٨ - قال محمد رحمه الله في "الأصل" : إذا رهن (١) من آخر قلب فضة وزنه عشرة ، فكسر رجل عند القلب ، فإن قدر عليه غرم قيمته مصنوعًا من الذهب ، إذا اختار الراهن الترك عليه ، ويكون القيمة رهنًا عند المرتهن يبقى بقدره جميع الدين ، وإن لم يقدر عليه فالجواب فيه كالجواب فيما إذا انكسر عند المرتهن ؛ لأن المرتهن لم يكن من جهته ، فكأنه انكسر عنده من غير صنع أحد ، وإن أبى الراهن ، والمرتهن أن يدفع إليه القلب ، ورضيا أن يكون رهنًا وهو مكسور ، فلا ضمان على الرجل ؛ لأنه لو ضمن بمقابلة الجودة بانفرادها .

قال شمس الأئمة السرخسي : ذكر محمد رحمه الله ها هنا الراهن والمرتهن ، والمعتبر إباء الراهن خاصة ، قال محمد رحمه الله في "الأصل" أيضًا : رهن من آخر خاتم فضة ، فيه من الفضة درهم ، وحبة فص يساوي تسعة عشر درهمًا ، فهلك الخاتم ، هلك بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله على كل حال ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله .

---

(١) وفي ظ: أرهن

إن كانت قيمة الحلقة درهمًا ، أو أكثر ، فكذلك الجواب . فأما إذا كانت قيمة الفضة التي في الخاتم أقل من درهم ، بأن كانت نصف درهم مثلا ، فإن بهلاك الفص يسقط تسعة دراهم ، وللراهن الخيار في الفضة التي في الخاتم ؛ لأن عندهم في هذه المسائل يعتبر الوزن والقيمة ، ولا وفاء للقيمة ههنا ، فيخير الراهن إن شاء جعل بدينه ، وإن شاء ضمن له قيمة الحلقة نصف درهم من الذهب ، ثم يرجع المرتهن على الراهن بدرهم .

وأما إذا انكسر الفص دون الحلقة ، يسقط من الدين الذي كان بإزاء الفص بقدر ما انتقص الفص بالإجماع ؛ لأن الجودة لها قيمة في غير مال الربا عند الانفراد . وإن انكسر الحلقة ، فالراهن بالخيار عندهم جميعًا . إن كانت قيمة الحلقة درهمًا ، أو أقل ، فإن اختار الترك ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله : يترك بالقيمة ، وعند محمد رحمه الله : بالدين ، وإن كانت قيمته أكثر من درهم بأن كانت درهمًا ونصف درهم ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : إذا اختار الترك يضمنه جميع قيمته درهمًا ونصفًا ، ولكن من الذهب ، وعلى قول أبي يوسف : يترك عليه ثمن الحلقة بقيمته من الذهب .

وعند محمد رحمه الله : إن أوجب الكسر نقصان نصف درهم قدر الصناعة ، فإنه يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين ، ولا يخير ، وإن أوجب الكسر نقصانًا أكثر من نصف درهم ، يخير الراهن ، وإذا اختار الترك ، يتركه عليه بالدين ، لا بالقيمة

١٨٠٧٧ - قال في « الأصل » أيضًا : رجل رهن عند رجل طستًا ، أو تورًا ، أو كوزًا بدرهم ، وفي الرهن وفاء وفضل ، فإن هلك الرهن هلك بما فيه ، وإن انكسر ، فإن كان شيئًا لا يوزن ، فإنه يسقط من الدين حصة النقصان ؛ لأن الجودة لها قيمة على الانفراد في غير مال الربا ، وإن كان موزونًا ، فإن الراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين ، وإن شاء ترك ذلك عليه بالقيمة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله : يترك بالدين ، وذكر قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسألة مع أبي حنيفة رحمه الله

قال شمس الأئمة السرخسي : وما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة لا يستقيم على ظاهر مذهب أبي يوسف رحمه الله فيما إذا كان في الرهن فضل ؛ لأن عنده يشيع الأمانة في الوزن والجودة .

١٨٠٦٨ - قال في «الزيادات»: وإذا رهن رجل عند رجل كر حنطة يساوي مائتي درهم بمائة درهم، فهلك الكر، صار المرتهن مستوفياً دينه بنصف الكر؛ لأن بهذا القدر وفاء بالدين من حيث المالية، وإن فسد الكر بأن عفن، أو أصابه ماء، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمن المرتهن مثل نصف الكر المقبوض، ويصير النصف ملكاً للمرتهن بالضمان بمنزلة النصف الآخر، ويكون رهناً مع ما ضمن المرتهن، وعلى قول محمد رحمه الله: الراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء ترك نصفه للمرتهن بدينه، هكذا ذكر في الكتاب، وينبغي على قياس مسألة القلب أن يقال على قول محمد رحمه الله: إذا لم يكن النقصان في المضمون بأن انتقص من قيمة الكر مائة، أو أقل أنه يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين؛ لما مر، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب، والصحيح أن قوله نظير قول أبي يوسف رحمه الله.

الفصل الحادي عشر

في الدعاوي في الرهن والخصومات فيه، وما يتصل بذلك

١٨٠٧٩ – قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى الرهن الواحد رجلان من واحد، كل واحد منهما يدعي أنه رهنه منه بألف درهم، وقبضه منه، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن تقع الدعوى حال حياة المرتهن، وإنه على ثلاثة أوجه: الأول: أن يكون الرهن في يد أحد المدعيين، وفي هذا الوجه إن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، يقضي بالرهن لذي اليد؛ لأن كل واحد أثبت ملك اليد لنفسه من جهة واحدة، فيعتبر بما لو أثبت كل واحد ملك الرقبة لنفسه من جهة واحدة، بأن ادعيا الشراء من واحد، وهناك يترجح بينة ذي اليد بحكم اليد، فههنا كذلك، وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخًا، خارجًا كان أو ذا اليد كما في دعوى الشراء.

الثاني: أن يكون الرهن في أيديهما، الثالث: أن يكون في يد الراهن، وفي الوجهين جميعًا إذا أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخًا، وإن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، فالقياس أن لا يقضي بشيء من الرهن لواحد منهما، وفي الاستحسان: يقضي بنصفه لكل واحد منهما بنصف حقه، وبالقياس أخذ لقوة وجهه.

هكذا ذكر في رواية أبي سليمان، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يقضي لواحد منهما بشيء من الرهن قياسًا واستحسانًا؛ لأنا لو قضينا بذلك، إما أن نقضي لواحد منهما بعينه، ولا وجه إليه، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، وإما أن نقضي لهما، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأنا لو قضينا لهما إما أن نقضي بعقد واحد كان رهن منهما بعقد واحد، ولا وجه إليه؛ لأن بينة كل واحد منهم أثبت الرهن منه بعقد على حدة، فمتى قضينا بعقد واحد منهما يكون هذا خلاف ما شهد به الشهود، وإما أن نقضي لكل واحد منهم بعقد على حدة، كما شهد به الشهود، ولا وجه له أيضًا؛ لأنا لو قضينا بذلك يحتاج إلى أن نقضي بالمناصفة بعد ذلك، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فيتمكن

حينئذ الشيوع فيه، ورهن المشاع باطل. ولو كان مكان دعوى الرهن دعوى الشراء في هذه الصورة يقضي لكل واحد بنصف المشتري، وطريقه أن يقضي بشراء كل واحد منهما في الكل، كما لو شهد به شهوده، ثم تثبت المناصفة في الملك بحكم المزاحمة، وإنه ممكن فيه؛ لأن بيع المشاع صحيح.

الوجه الثاني: أن يقع الدعوى بعد موت الراهن، وإنه على ثلاثة أوجه أيضًا. وفي الوجوه كلها إن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخًا. وإن لم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء، ففيما إذا كان الرهن في أيديهما، أو في يد الراهن القياس أن لا يقضي لواحد منهما بشيء، وهما أسوة للغرماء، وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله، وفي الاستحسان: يقضي لكل واحد بنصف الرهن بنصف حقه، ويباع الرهن، فيقضي نصف دين كل واحد منهما، فإن فضل شيء من الثمن من نصف دين كل واحد منهما يصرف الفاضل إلى سائر الغرماء، وإلى المرتهنين(1) بالحصص.

وبالاستحسان أخذ أبو حنيفة رحمه الله(2)، وقول محمد رحمه الله مضطرب في الكتب. فأبو يوسف رحمه الله اعتبر ما بعد وفاة الراهن بحال حياته، وأبو حنيفة رحمه الله قال: حال حياة الراهن إنما لم يقض بالرهن؛ لأنه لو قضى لتمكن شيوع لا قرار له، فإنه لا يجب بيع المرهون حال حياة الراهن إلا برضى الراهن، والمرتهن، فيمكن الشيوع بهذه الصفة يوجب فساد الرهن، فأما بعد وفاة الراهن، فلو قضيت بالرهن إنما يمكن شيوع لا قرار له؛ لأن بعد وفاة الراهن يجب بيع المرهون لقضاء دين المرتهن، حتى يفرغ ذمته، ويرد جلدته على النار، ويصرف الفاضل إلى الغرماء، أو إلى الورثة، وشيوع لا قرار له لا يوجب بطلان الرهن، ألا ترى أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله قالا: فيمن رهن من آخر إبريق فضة، وزنه مائة، وقيمته مائة بعشرة دراهم، فانكسر الإبريق في يد المرتهن، إن المرتهن يضمن عشر الإبريق مصنوعًا من الذهب، يصير العشر ملكًا للمرتهن بالضمان، وتسعة أعشاره تبقى ملكًا للراهن، لا يفسد الرهن، وإن تمكن

(1) وفي الأصل: المرهن.

(2) وفي الأصل: استحسانًا على رواية أبي حنيفة: لأنا لو قضينا [illegible] إلخ.

الشيوع ؛ لأنه كما تمكن الشيوع بحب الشيئين ، فهذا شيوع لا قرار له ، فكذا هذا ، ويدها إذا كان الرهن في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد ، كما في حالة الحياة .

١٨٨٠٨ - وهذا الذي ذكرنا إذا ادعيا الرهن من واحد ، وأما إذا ادعيا الرهن من اثنين ، وأقاما البينة ، والرهن في يد أحدهما فهذه المسألة على أربعة أوجه : الأول : أن يكون الراهنان غائبان ، راهن الخارج ، وراهن ذي اليد ، وفي هذا الوجه يقضى بالرهن لذي اليد ، وإن أرخا مع ذلك ، وتاريخ الخارج أسبق ؛ لأن ذا اليد لم ينتصب خصمًا للخارج ؛ لأنه أثبت ببينة أنه مرتهن في ما في يده ، والمرتهن لا ينتصب خصمًا للمدعي الرهن ، وبينة الخارج قامت على غير خصم ، فصار كأنه لم يقم البينة ، وهناك يقضى لذي اليد ، ففي حق هذا المعنى لا فرق بين ذكر التاريخ ، سبقه ، وعدم ذكره ، بخلاف دعوى الشراء في مثل هذه الصورة فإن هناك يقضى ببينة الخارج ، وإن كان البائعان غائبين ؛ لأن هناك صاحب اليد انتصب خصمًا للخارج ؛ لأنه يدعي الملك لنفسه ، وانتصب خصمًا له فيما يدعي الملك لبائعه ، فكان بائعه حضر ، وأقام البينة على الملك لنفسه ، وهناك يقضى لبائعه لكونه خارجًا ، فكذا يقضى للمشتري منه ، أما في مسألة الرهن فذو اليد لم ينتصب خصمًا للمدعي على ما مر .

الثاني : أن يكون الراهنان حاضرين ، وإنه يقضى به رهنًا للخارج ؛ لأنهما إذا كانا حاضرين ، فكل واحد منهما ينتصب خصمًا لصاحبه بأنه يدعي أنه ملكه رهنه ، فيجعل إقامة البينة من المرتهنين بمنزلة إقامة البينة من الراهنين ، ولو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق ، وأحدهما خارج يقضى له فكذا هذا ، وإن كان أحدهما حاضرًا أي أحد الراهنين ، والآخر غائب ، فإنه لا يقضى للخارج ما لم يحضر الراهن الآخر ، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان من الخارج حاضرًا ، وراهن ذي اليد غائبًا ، أما إذا كان راهن ذي اليد حاضرًا ، والآخر غائبًا ينتصب خصمًا للخارج ؛ لأنه يدعي الملك لنفسه ، والارتهان من ذي اليد ، وإذا انتصب خصمًا للخارج قبلت بينة الخارج في إثبات الملك لراهنه ؛ لأن الخارج مرتهن ، والمرتهن بمنزلة المودع ينتصب خصمًا فيما يستحق لصاحبه ؛ لأنه مأمور بالحفظ ، وذلك من الحفظ ، فتقبل بينة الخارج ، ويقضى بالرهن له ، وكان بمنزلة رجل في يده عين يزعم كأنه وديعة عنده من فلان ، وفلان حاضر ، وادعى آخر أن فلانًا أودعه إياه ، وأقام على ذلك بينة ، فإنه يقضى للخارج ، وإن كان مودع الخارج

غائبًا، ما كان مودع صاحب اليد حاضرًا، وطريقه ما قلنا. والجواب وهو الفرق بين مسألة المودع، وبين مسألة الرهن: أن المودع الخارج يثبت الملك لمودعه، ولا يدعي على مودعه شيئًا، والمودع ينتصب خصمًا في إثبات الملك لمودعه. أما المرتهن الخارج، فكما يثبت الملك لراهنه، يثبت على راهنه الدين لنفسه؛ لأن الرهن بدون الدين لا يكون، وليس عن راهنه خصم في حق إثبات الدين، فلم تقبل بينة في حق إثبات الدين، فلا تقبل في حق إثبات الرهن أيضًا؛ لأن الرهن بدون الدين لا يكون، فلهذا قال: لا يقضي للخارج ما لم يحضر الراهنان، وإذا حضر الآن يقضي للخارج.

قال في الكتاب: ولا أنظر في هذا لا إلى الأول، ولا إلى الآخر؛ لأن الرهن ليس من قبل إنسان واحد، يريد به أن الخارج وذا اليد في هذه الصورة إذا ادعيا، وتاريخ أحدهما أسبق، لا يقضي لأسبقهما تاريخًا، وإنما يقضي للخارج. هكذا ذكر محمد رحمه الله. وهذا الجواب إنما يستقيم من محمد رحمه الله على ما روي عنه: أنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق، ويكون الخارج أولى على كل حال، أما على الرواية التي روي عنه أن التاريخ معتبر، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله يقضي لأسبق الراهنين تاريخًا في الملك، وإذا قضي لأسبقهما تاريخًا يقضي بالرهن لمن ادعى الرهن منه.

١٨٠٨١ - قال: عبد في يدي رجل، ادعى رجل أنه عبده، وأنه رهنه من فلان الغائب بألف درهم، وقبضه فلان منه، وذو اليد يقول: العبد عبدي، فإنه يقضي به للمدعي؛ لأن صاحب اليد انتصب خصمًا له؛ لأن كل واحد منهما يدعي الملك لنفسه في العبد، وإذا قضي به للمدعي، ذكر أنه يؤخذ منه، ويوضع على يدي عدل، حتى يحضر الغائب، فإن صدقه يثبت الرهن، وإن كذبه لا يثبت؛ لأنه إقرار بحق في ماله، فيتوقف على تصديقه وتكذيبه، كما لو أقر بملك هذا العين للغائب، ثم فرق بين هذا، وبينما إذا أقر بالملك للغائب، فإنه لا ينزع من يده ما لم يحضر المقر له، وهنا ذكر أنه يؤخذ منه، ويوضع على يدي عدل.

والفرق أنه إذا أقر بالرهن، فقد أقر أنه ليس له حق إمساكه؛ لأن الراهن لا يصلح ممسكًا للرهن بطريق النيابة عن المرتهن، فيؤاخذ بإقراره، وإذا أقر بالملك للغائب، فما أقر أنه ليس له حق إمساك هذا العبد؛ لأنه يتصور أن يكون ممسكًا لملك الغير بحكم النيابة

عنه.

١٨٠٨٢ – ولو غاب الراهن، وقال المرتهن: هذا العبد رهن في يدي من قبل فلان بكذا، وأن هذا الذي في يده العبد غصبه مني، أو استعاره، أو استأجره مني، وأقام على ذلك بينة، فإني أدفع العبد إليه، هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل": قال شمس الأئمة السرخسي: القاضي لا يقضي له بالرهن؛ لأن فيه قضاء على الغائب بالدين، وليس عنه خصم في ذلك، ولكن يقضي بأن وصول هذا العين إلى يد ذي اليد كان جهة المدعي بالغصب، أو الإجارة، أو الإعارة كما شهد به شهوده، فيقضي له بحق الاسترداد، وذو اليد خصم في ذلك، هذا بخلاف ما لو لم يدع على ذي اليد الأخذ من يده، فإن ذا اليد لا ينتصب خصماً.

١٨٠٨٣ – ومن حيل الخصاف: رجل في يديه رهن، والراهن غائب، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضي حتى يسجل له بذلك، ويحكم بأنه رهن في يديه، فالحيلة في ذلك أن يأمر المرتهن رجلاً غريبًا حتى يدعي رقبة هذا الرهن، ويقدم المرتهن إلى القاضي، فيقيم المرتهن بينة عند القاضي أنه رهن عنده، فيسمع القاضي بينة على الرهن، ويقضي بكونه رهنًا عنده، ويدفع عنه خصومة الغريب.

فهذا تنصيص من الخصاف أن البينة على الراهن[1] مسموعة، وإن كان الراهن غائبًا، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في دعوى "الجامع"، وفي "الأصل" في بعض المواضع، وذكر في موضع آخر من رهن "الأصل"، وشرط حضرة الراهن لسماع هذه البينة، والمشايخ فيه مختلفون، بعضهم قالوا: ما ذكر في رهن "الأصل" أن حضرة الراهن شرط وقع غلطًا من الكاتب، والصحيح أنه لا يشترط حضرته، ألا ترى أنه لو أقام ذو اليد بينة أن هذا العين عنده وديعة من جهة فلان، أو غصب، أو مضاربة، فإنه لا يشترط حضرة فلان لسماع هذه البينة، فكذا ههنا. وبعض مشايخنا قالوا: في المسألة روايتان، في إحدى الروايتين تقبل هذه البينة حال غيبة الراهن؛ لأن الراهن لما رهنه منه، فقد استحفظه، ولا يمكنه الحفظ عند خصومة غيره إياه فيه إلا بإقامة البينة، فصار خصمًا في ذلك كما في الوديعة، وأشباهه، وفي الرواية الأخرى القاضي لا يقبل هذه البينة

قال شمس الأئمة السرخسي في "شرح كتاب الحيل": وهو الصحيح؛ لأن في قبول هذه البينة على الرهن قضاء على الغائب، ولا حاجة لذي اليد إلى إثبات ذلك لدفع خصومة المدعي عن نفسه، فإن بإثبات وصول العين إلى يده من جهة فلان يندفع الخصومة عنه، كما لو أقام بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان.

قال رحمه الله: وقد أجاب محمد رحمه الله بهذا في نظائره في "السير الكبير"، فقال: العبد المرهون إذا أسر، ثم وقع في الغنيمة، فوجده المرتهن قبل القسمة، وأقام البينة أنه رهن عنده لفلان، وأخذه لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن - لأن إثبات الوديعة كاف له - فعرفنا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن لا وجه إليه.

١٨٠٨٤ - وإذا قال الراهن: رهنتك هذا الثوب، وقبضته مني، وقال المرتهن: رهنتني هذا العبد، وقبضته منك، وأقاما البينة، فالبينة بينة المرتهن إذا كان العبد، والثوب قائمين في يد المرتهن؛ لأن المرتهن يثبت الحق لنفسه، والراهن يثبت الحق لغيره، ولأنه لا فائدة في قبول بينة الراهن؛ لأن للمرتهن رد ذلك؛ لأن الرهن في حقه غير لازم، وإن كانا هالكين، وقيمة ما يدعي الراهن أنه رهنه أكثر، وأقاما البينة، فالبينة بينة الراهن؛ لأنه يثبت زيادة إيفاء، ولو قال المرتهن: رهنتني العبد، والثوب جميعًا، وقبضتهما منك، وقال الراهن: لا، بل رهنتك الثوب وحده، فالبينة بينة المرتهن، وإذا أقام الراهن بينة أنه رهن هذا الرجل عبدًا يساوي ألفين بألف، وقبضه منه، وأنكر المرتهن ذلك، ولا يدرى ماذا فعل بالرهن؟ فالمرتهن ضامن لقيمته؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاينا الرهن والقبض، ثم جحد بعد ذلك يصير ضامنًا بالجحود قيمة الرهن، كذا ههنا، وإذا ضمن قيمة العبد يحتسب له منها ألف درهم، ويرد الباقي على الراهن، ولو أقر المرتهن، وادعى الموت، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين في الزيادة على الدين، ولم يوجد منه جحود حتى يضمن الزيادة بالجحود، ولو لم يجحد الرهن، وجاء بعبد يساوي خمسمائة، وقال: هو هذا العبد، لم يصدق على ذلك؛ لأنه ثبت بالبينة أن الرهن عبد يساوي ألفين، والذي أحضره ليس بتلك الصفة، والظاهر يكذبه فيما قال، فلا يقبل قوله[1]. إذا جحد الراهن ذلك.

١٨٠٨٤ - وإذا كان الراهن رجلين ، وادعى المرتهن عليهما رهنًا ، وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه ، وقبضه ، والمتاع لهما جميعًا ، وهما يجحدان ، فإن لمدعي الرهن أن يحلف الذي لم يقم عليه البينة ؛ لأنه ادعى عليه رهنًا ، وقد أنكره ، ولا بينة له عليه ، فيستحلف رجاء النكول ، فإن نكل يثبت الرهن عليهما بسببين مختلفين ، على الناكل بالنكول ، وعلى الآخر بالبينة ، وإن حلف رد الرهن عليهما ؛ لأن الرهن انتفى من الأصل في نصيب الحالف ، فتعذر القضاء في نصيب الآخر ، لم يثبت الرهن في حقه ، ولا يقضي بالرهن بنصيب الآخر ؛ لأنا لو قضينا به لقضينا برهن المشاع ، وإن كان الراهن واحدًا ، والمرتهن اثنين ، فقال أحدهما : ارتهنت أنا وصاحبي هذا الثوب منك بمائة درهم ، فأقام على ذلك بينة ، وأنكر المرتهن الآخر ، وقال : لم يرتهنه ، وقد قبضنا الثوب ، وأنكر الراهن الرهن أصلا .

قال أبو يوسف رحمه الله : لا يقضي بالرهن أصلا ، ويرد الرهن على الراهن ، وقال محمد رحمه الله : يقضي ، فأبو يوسف رحمه الله يقول : تعذر القضاء بالرهن على الجاحد لجحوده ، وتعذر القضاء برهن الكل من المدعي ؛ لأنه لم يدع ذلك ، وشهوده لم يشهدوا به ، وتعذر القضاء برهن النصف منه لمكان الشيوع ، فلا يقضي بالرهن أصلا .

ومحمد رحمه الله يقول : المدعي أثبت الرهن مرهونًا ، وله ذلك ؛ لأنه لا يمكنه إثبات الرهن من نفسه ، إلا بإثبات من صاحبه ؛ لأن من رهن شيئًا من اثنين ، وقبل أحدهما دون الآخر ، لا يصح الرهن في القابل ، فكان الرهن من صاحبه سببًا لثبوت الرهن منه ، وللإنسان أن يثبت سبب حقه ، فيثبت الرهن منهما جميعًا ببينة المدعي ، فيعتبر بما لو ثبت عيانًا ، وهناك يجوز الرهن ، ويتهايآن الحفظ إذا كان الرهن شيئًا لا يحتمل القسمة يحفظ هذا يومًا ، وهذا يومًا ، إلا أن في نوبة الجاحد لا يجعل الرهن في يده لإقراره أنه لا حق له في إمساكه ، فيوضع على يد عدل ؛ لأن مدعي الرهن مقر أن الراهن لم يرض بحفظه وحده ، فيجعل مكانه إلى أن يصل الدين إلى مدعي الرهن ، فإذا وصل ، وفرغ الرهن من حقه ، يرد على الراهن ، وإن هلك في يدي مدعي الرهن ذهب نصيبه من المال .

---

(١) هكذا في ط ، وكان في الأصل وف : لم يثبته .

١٨٠٨٦ - وإذا استعار من آخر ثوباً ؛ ليرهنه بدينه ، فقبضه ، ورهنه ، ثم إن رب الثوب مع الراهن اختلفا ، وقد هلك الثوب ، فقال رب الثوب : هلك قبل الفكاك ، وقال الراهن بعد الفكاك : فالقول للراهن مع يمينه ؛ لأن رب الثوب يدعي أنه قضى من المستعير من ماله ، وله حق الرجوع بما قضى على الراهن ، وهو منكر ، وكذلك لو قال الراهن : هلك الثوب قبل أن أرهنه ، وقال رب الثوب : هلك بعد ما رهنته[1] قبل أن تفتكه ، فالقول للراهن مع يمينه ، وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة رب الثوب ؛ لأنه يثبت ببينته إيفاء من الراهن من ماله ، والراهن ببينته ينفي ذلك ، فكانت بينة الراهن أولى بالقبول.

وإن هلك الثوب في يد المرتهن في هذه المسألة ثم اختلف الراهن ، والمرتهن ، ورب الثوب في قيمة الثوب ، فالقول للمرتهن ؛ لأنه ينكر زيادة ضمان ، ولو اختلف رب الثوب ، والراهن فقال رب الثوب : أمرتك أن ترهنه بخمسمائة ، وقال الراهن : أمرتني أن أرهنه بعشرة ، فالقول لرب الثوب ؛ لأن الإذن يستفاد من جهته[2] ، وإن أقاما البينة ، فهي للراهن ، وبرئ عن ضمان القيمة ؛ لأنه يثبت ببينته دعواه على رب الثوب ، ورب الثوب يثبت إقراره له أنه أذن له أن يرهنه بعشرة ، والبينات مشروعة لإثبات الدعوى على الغير ، لا لإثبات الإقرار للغير.

١٨٠٨٧ - وإذا شهد أحد الشاهدين على الرهن بمائة ، والآخر على بمائتين ، فشهادتهما باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يقضي بالرهن أصلاً ؛ لأن الدين بهذه الشهادة لم يثبت عنده ؛ لأنهما لم يتفقا على شيء لفظاً[3] ، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن ؛ لأن الرهن بدون الدين لا يكون ، وعندهما يقضي بالرهن بمائة ، وإن شهد أحدهما بمائة ، والآخر بمائة والخمسين إن كان المرتهن يدعي المائة لا تقبل شهادتهما ؛ لأنه كذبه شاهد المائة ، وخمسين ، وإن كان المرتهن يدعي المائة والخمسين تقبل الشهادة على المائة ، ويقضي بالرهن بمائة ، وهذا عندهم جميعاً ؛ لأن الدين بهذه الشهادة قد ثبت

(١) وفي الأصل : بعد ما ارتهنته.

(٢) وفي ط : من جهته.

(٣) وفي الأصل : أصلا

بقدر المائة عندهم؛ لأنهما اتفقا على المائة لفظًا، وإذا ثبت الرهن بهذا المقدار أمكن القضاء بالرهن بهذا المقدار، ثم فرق بين الرهن وبين البيع، فإن في باب البيع إذا شهد أحد الشاهدين بالبيع بمائة، والآخر بالبيع بمائة وخمسين، والبائع يدعي البيع بمائة وخمسين، فإنه لا يقبل شهادتهما أصلاً، ولا يقضى بالشراء بمائة، وإن اتفق الشاهدان على المائة.

والفرق أن في باب البيع لو قضينا بمائة لاتفاق الشاهدين على المائة في الابتداء، احتجنا إلى نقضه في الانتهاء، فلا يقضى به في الابتداء قصرًا للمسافة؛ لأنا إذا قضينا في باب البيع بالرهن[1] بما اتفقا عليه، وهو مائة على المشتري للبائع، لابد وأن يقضى على البائع بالعبد للمشتري بما اتفق الشاهدان عليه في العبد، وإنما اتفقا في العبد على قدر ثلثه؛ لأن الذي شهد بالمائة يقول: جميع العبد للمشتري بمائة، والذي شهد بمائة وخمسين يقول: ثلثا العبد للمشتري، وإنما اتفقا في العبد على قدر ثلثيه، وإذا وجب القضاء بثلثي العبد للمشتري بمائة، وجب القضاء بما اتفقا عليه بإزاء الثلثين من العبد، وإنما اتفقا بإزاء الثلثين من العبد على ثلثي المائة؛ لأن الذي شهد بالمائة يقول: ثلثا العبد بثلثي المائة، والذي شهد بالمائة والخمسين يقول: ثلثا العبد بالمائة، فيجب القضاء بثلثي المائة، وإذا وجب القضاء بثلثي المائة وجب القضاء من العبد بما اتفق عليه بإزاء ثلثي

الرهن، وإن قبضه؛ فلأنه شرط أن يكون الرهن عند المرتهن ساعة، ثم يكون عند الراهن، فهو بمنزلة ما لو قال: رهنتك يومًا ويومًا.

الثاني: إذا شرطا ذلك بعد تمام الرهن. فإن لم يقبض المرتهن الرهن لا يصح، وإذا قبضه صح، ثم إذا قبضه، وباعه الراهن إن باعه، وهو في يد المرتهن، فالثمن للمرتهن، وإذا أخذه من يد المرتهن، ثم باعه، فالثمن للراهن، ولا يكون المرتهن أخص به.

١٨٠٩٠ - الأب أو الوصي إذا رهن متاع الصغير بدين نفسه القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فلا يجوز قياسًا واستحسانًا، وهذا؛ لأن الرهن إيفاء حكمي، والأب، والوصي يملكان إيفاء دينهما من مال الصغير حكمًا بالبيع منهما حتى إنهما لو باعا من مال اليتيم من رب دينهما بقدر ما عليهما من الدين يجوز، ويقع المقاصة بين ما كان للمشتري عليهما من الدين، وبين ما وجب للصبي على المشتري، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يملكان ذلك، ولا تقع المقاصة فكذا الإيفاء بالرهن، وأجمعوا على أنهما لو أرادا إيفاء دينهما على الحقيقة من مال الصغير، لا يملكان ذلك، وإذا صح الرهن بدينهما، وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه. ويضمن الأب، والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت أكثر منه يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير، وللأب، والوصي هذه الولاية، وإذا كانت على الميت ديون، وله وصي، فرهن بعض مال الميت من بعض غرمائه لا يجوز، وكان لباقي الغرماء نقضه؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمي، ولو آثر الوصي بعض الغرماء بالإيفاء الحقيقي لا يجوز فكذا إذا آثره بالحكمي، وإذا رهن الوصي خادمًا لليتيم من مال نفسه بدين له على اليتيم، أو رهن خادمًا له من اليتيم، لم يجز، ولو رهن الأب متاع نفسه من ابنه الصغير، أو ارتهن متاع الصغير بدين له عليه يجوز إذا استعار ثوبًا ليرهنه بدينه جاز، وإذا رهنه بدينه بأي شيء ما كان، وبأي قدر ما كان، فهو جائز لحصول الإعارة مطلقة، فهو بمنزلة حصول الإعارة للانتفاع مطلقة.

١٨٠٩١ - ولو سمى له شيئاً فرهنه بأقل من ذلك ، أو أكثر فهلك ، فالمسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : إن كانت قيمة الثوب مثل الدين المسمى بأن كانت القيمة عشرة ، والدين عشرة ، وفي هذا الوجه إذا رهن بأقل من عشرة ، أو أكثر من العشرة يصير ضامناً للثوب .

الثاني : أن يكون قيمة الثوب أكثر من الدين المسمى بأن كانت القيمة اثني عشر ، والدين المسمى عشرة ، وفي هذا الوجه إذا رهن بأكثر من المسمى ، أو أقل يضمن قيمة الثوب .

الثالث : أن يكون قيمة الثوب أقل من الدين المسمى بأن كانت تسعة ، والدين عشرة ، وفي هذا الوجه إن زاد على المسمى يضمن قيمة الثوب ، وإن نقص ، إن كان النقصان إلى تمام القيمة بأن رهنه بتسعة لا يضمن ، وإن كان النقصان أكثر من ذلك بأن رهنه بثمانية يضمن قيمة الثوب ، وإن أعاره ليرهنه بشيء مسمى ، فرهنه بجنس آخر ، أو أعاره ليرهنه من رجل سماه ، فرهنه من رجل آخر ضمنه .

والحاصل أنه متى كان مقيداً من التقييد بحسب اعتباره ، وفي كل موضع لم يصر المستعير مخالفاً ، وهلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بقدر ما صار المرتهن مستوفياً من دينه ؛ لأن رجوع المعير على المستعير بعدما أنه قضى دينه من ماله بأمره ، فإنما يرجع بقدر ما حصل القضاء ، وإن لم يكن الرهن قد هلك ، ولكن أصابه عيب ، ذهب من الدين بحسابه ، ووجب لرب الثوب مثله على الراهن ؛ لأن القضاء حصل بذلك القدر ، فلو استعمل المستعير الرهن الثوب قبل أن يرهنه ، ثم رهنه بدينه برئ عن الضمان ؛ لأنه أمين عاد إلى الوفاق ، وذلك المسألة على أن المستعير برئ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه .

١٨٠٩٢ - وذكر شمس الأئمة السرخسي أن المستعير لا يبرأ بالعود إلى الوفاق ، وإنما يبرأ المستعير هنا بالرهن ، والتسليم إلى المرتهن ، فإن يد المرتهن ههنا من حيث المعنى ، كيد المعير حيث تحقق مقصوده ، وكان ذلك بمنزلة الرد على المالك حكماً ، فيبرأ بهذا لا بالعود إلى الوفاق ، وإن كان فكه ، ثم استعمله ضمنه ، فلو ترك استعماله ، ثم

هلك بآفة أخرى لا ضمان عليه.

قال شمس الأئمة السرخسي: لأنه بعد الفكاك مودع، وإنه يبرأ بالعود إلى الوفاق، وأشار شيخ الإسلام في التعليل إلى أنه مستعير، وإبراءه بالعود إلى الوفاق.

١٨١٩٣ – قال في "الجامع": رجل استعار من آخر جارية ليرهنها بدينه، ففعل ذلك، ثم مات المستعير، ولم يدع مالاً، وطلب المرتهن من القاضي أن يبيعها بدينه، وأبى صاحب الجارية ذلك، فالقاضي لا يبيعها؛ لأن المعير إنما رضي بالرهن، والبيع ليس من موجبات عقد الرهن، ولكن يقال للمرتهن: احبس المرهون حتى يقضي المعير حقه؛ لأن المعير رضي بكونها محبوسة عند المرتهن حقاً للمرتهن، وعلى القاضي إيفاء الحقوق، لا إبطالها، فإن قال المعير، وهو صاحب الجارية للقاضي: بعها بالدين، وأبى المرتهن ذلك، فإنه ينظر إن كان في ثمنها وفاء بالدين، لا يلتفت إلى إباء المرتهن، وإن كان فيه إزالة يده عن المرهون، وإن لم يكن في ثمنها وفاء بالدين، لا يباع بدون رضى المرتهن، فإن كان في ثمنها وفاء بالدين، فبيعت به في الدين، واستوفى المرتهن ثمنها، ثم ظهر للمستعير مال، فإنه يرجع فيه المعير بما أخذه المرتهن؛ لأنه لما استعار المستعير الجارية منه ليرهنها بالدين مع علمه أنها ربما يهلك، وعلى الاعتبار الهلاك يصير هو قاضياً دينه بها، وصار طالباً من المعير أن يقضي دينه بها، وصار المعير راضياً بذلك، أكثر ما في الباب أن القضاء ههنا بالبيع، والراهن ما رضي بالبيع إلا أنه رضي بالقضاء، والبيع طريق القضاء، ولا عبرة للطريق، وإنما العبرة للرضاء، وإنه حصل رضا المعير، فلهذا كان له حق الرجوع في مال المستعير، ولو لم يمت المستعير، ولكن مات المعير، وعليه ديون كثيرة، فإن كان المستعير موسراً قادراً على قضاء الدين أمره القاضي بأن يقضي دينه، ويصير الرهن لغرماء المعير، وإن كان المستعير معسراً كانت الجارية رهناً على حالها؛ لأن المرتهن كان أحق بالرهن من المعير حال حياته، فكذا بعد وفاته أحق به من غرمائه، فإن اجتمع غرماء المعير، وورثته على بيعها لقضاء الدين، وأبى المرتهن فالجواب فيه على المعير الذي قلنا: فيما أراد المعير ذلك حال حياته، وأبى المرتهن، وأجناس هذه المسائل في رهن "الجامع".

كتاب المضاربة

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين فصلا

الفصل الأول في بيان شرائط المضاربة، وحكمها

الفصل الثاني فيما يكون مضاربة بغير لفظها

الفصل الثالث في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح، وما لا يجوز.

الفصل الرابع في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها.

الفصل الخامس في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما، ويسكت عن الآخر.

الفصل السادس في شرط الربح لثالث

الفصل السابع في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة، وبعضه لا.

الفصل الثامن في بيان ما يملك المضارب على رب المال من التصرفات، وما لا يملك

الفصل التاسع فيما يشترط على المضارب من الشروط

الفصل العاشر في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة.

الفصل الحادي عشر في المضاربة بالشيء يكون على غير ما أمر به يجوز، أو لا يجوز.

الفصل الثاني عشر في نهي رب المال المضارب عن العمل، وفي عزل المضارب.

الفصل الثالث عشر في المضارب يمنع عن التقاضي، وعن البيع حتى يجد ربحاً.

الفصل الرابع عشر في دفع المضارب مال المضاربة مضاربة إلى رب المال، وفي بيع أحدهما مال المضاربة من الآخر

الفصل الخامس عشر في نفقة المضارب.

الفصل السادس عشر في دفع المضارب مال المضاربة مرابحة

الفصل السابع عشر في المضارب يشهد أنه يشتري لنفسه، وكان ذلك بعد الشراء أو

رب الشراء.

الفصل الثامن عشر في دفع المالين مضاربة على الترادف

الفصل التاسع عشر في عتق عبد المضاربة، وفي كتابته، وفي شرائه ... وولد جارية المضاربة.

الفصل العشرون في هلاك مال المضاربة قبل الشراء، أو بعده.

الفصل الحادي والعشرون في جحود المضارب مال المضاربة

الفصل الثاني والعشرون في قسمة الربح

الفصل الثالث والعشرون في موت المضارب.

الفصل الرابع والعشرون في تصرفات المضارب مع من لا يقبل شهادته له.

الفصل الخامس والعشرون في العيب وخيار الرؤية.

الفصل السادس والعشرون في دفع مال الصغير مضاربة، وفي أخذ المال مضاربة للصغير.

الفصل السابع والعشرون في الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وإنه سبعة أنواع: فيما إذا اختلفا في شراء المضارب، هل هو للمضاربة؟

فيما إذا اختلفا في العموم والخصوص في المضاربة.

في اختلافهما في مقدار الربح المشروط للمضارب

وفي اختلافهم في جهة قبض المال.

في اختلافهما في وصول رأس المال إلى رب المال قبل اقتسامهما الربح، وفي اختلافهم في مقدار رأس المال والربح في متفرقات هذا الفصل.

الفصل الثامن والعشرون في تغيير العقد في المضاربة، وفيما إذا عقد المضارب عقدا آخر ينوي عن المضاربة.

الفصل التاسع والعشرون في جناية عبد المضاربة

الفصل الثلاثون في المتفرقات فيه، تم الكتاب

الفصل الأول

في شرائطها وحكمها

فنقول: شرائط جوازها خمس:

١٨٠٩٤ - إحداها: أن يكون رأس المال دراهم، أو دنانير عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: أن يكون رأس المال دراهم، أو دنانير، أو فلوساً رائجة، حتى إنه إذا كان رأس مال المضاربة ما سوى الدراهم والدنانير، والفلوس الرائجة، لم تجز المضاربة إجماعاً.

وإن كان رأس مال المضاربة فلوساً رائجة، لا يجوز على قولهما، وعلى قول محمد: يجوز.

والوجه في ذلك أن جواز المضاربة بخلاف القياس بالسنة، والآثار وردت بتجويزها إذا كان رأس المال دراهم، أو دنانير، أما السنة: فلأن قبل الإسلام كان بدراهم، أو دنانير ضربت على عهد هرقل وكسرى، والناس كانوا يجعلون ذلك رأس مال المضاربة، بعث النبي ﷺ، ووجدهم على ذلك فقررهم عليها، فكان تقرير الشرع إياهم عليها تقريراً لهم عليها بالدراهم والدنانير، وأما الآثار: فلأنها وردت بتجويزها بمطلق المال، ومطلق اسم المال يقع على الدراهم والدنانير؛ لأن المال اسم لما ينتفع به ويتمول، والمنفعة إنما تكمل بالدراهم والدنانير؛ لأنه يتوصل بها إلى كل منفعة، والتمول عادة بين الناس إنما يكون بالدراهم والدنانير، وإذا ثبت أن المنافع إنما تكمل بالدراهم والدنانير، فمطلق اسم المال إنما ينصرف إلى الدراهم والدنانير، وصارت الآثار الواردة بجوازها بمطلق المال واردة بجوازها بالدراهم والدنانير، وإذا ثبت أن السنة والآثار وردت بجوازها بالدراهم والدنانير، فلا يجوز بدونهما، إلا بما كان في معناهما من كل وجه، والعروض والمكيل والموزون ليست في معنى الدراهم والدنانير من كل وجه؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه، والعروض ليست بأثمان أصلاً، والمكيل والموزون ثمن من وجه.

وأما الفلوس الرائجة، فمحمد رحمه الله يقول: هي في معنى الدراهم والدنانير؛ لأنها أثمان من كل وجه، ولهذا لا تتعين بالتعيين عند المقابلة، بخلاف الجنس بالأجناس، وعند المقابلة بالجنس كالدراهم والدنانير بخلاف المكيل والموزون، فإنهما ليسا بثمن أصلاً، ألا ترى أنهما يتعينان بالتعيين، قوبلا بجنسهما أو بخلاف جنسهما، وهما يقولان: الفلوس ليست في معنى الدراهم والدنانير؛ لأنهما أثمان من كل وجه يقوم بهما أثمانهما وغيرهما، والفلوس الرائجة إن كان يقوم بها غيرها، فإن المتلف لا يقوم بالفلوس الرائجة، فالنص الوارد في الدراهم والدنانير لا يكون وارداً فيها دلالة

أذهب الله تعالى بثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه بالباطل؟"(١).

وذهاب الثمرة بالجائحة موهوم، وليس بمتحقق، ثم اعتبر الشرع هذا الموهوم كالمتحقق في إفساد السلم؛ لأن التحرز عنه ممكن، بأن لا يضيف السلم فيه إلى مكان يتوهم ذهاب ثمرته، فصار هذا النص لنا أصلاً في باب السلم، أن الموهوم فيه يجعل كالمتحقق في إفساد العقد إذا أمكن الاحتراز عنه، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في السلم لا يعتبر واردًا في غيره مما هو أصل بخلافه، فإن النبي ﷺ جوز بيع الثمار إذا بدا صلاحها(٢)، وإن كان يتوهم ذهابها، ولم يعتبر ذلك مفسدًا، علمنا أنه إنما جعل الموهوم كالمتحقق في إفساد العقد إذا أمكن الاحتراز عنه في السلم خاصة، فيرد غيره من العقود إلى ما يقتضيه القياس.

١٨٠٩٦ - الشرط الثالث: أن يكون رأس المال عينًا، لا دينًا، فالمضاربة بالديون لا تصح، حتى إن من كان له على آخر ألف درهم دينًا، فأمره صاحب الدين أن يعمل بها مضاربة، لا يجوز. وإنما لم تجز المضاربة بالديون؛ لأن سبيل مال المضاربة أن يكون(٣) أمانة؛ لأنه أمين في حق رأس المال، ولا يتصور أن يكون المضارب أمينًا فيما عليه من الدين، لا قبل قبضه من نفسه، ولا بعد قبضه من نفسه، أما قبل قبضه من نفسه؛ فلأن الدين مضمون على المديون. وبعد قبضه كذلك، لأن قبضه من نفسه لا يصح؛ لأن المديون لا يصلح وكيلاً عن صاحب الدين في قبض ما عليه من الدين؛ لأن الواحد لا يصلح موفيًا ومستوفيًا لتنافي الأمرين من التضاد.

وإذا لم يتصور أن يصير أمينًا في حق الدين، لا بعد القبض، ولا قبله، كان رأس مال المضاربة مضمونًا على المضارب قبل المضاربة، وبعدها، ومتى رأس مال المضاربة

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٤) بلفظ: "إن منع الله الثمرة..." أخرجها الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٢) (٢٢٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٠٦) (١٠٤٦٣) بمعنى اللفظ المذكور في الكتاب أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٠) (٥٠٠٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، حديث (١٥٣٤)، والبيهقي في الكبرى، حديث (١٠٤١٣)، والطحاوي في معاني الآثار (٤/ ٢٦)، والهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

(٣) وفي الأصل: "أن يكون".

أن يكون أمانة عند المضارب بعد المضاربة ، ولهذا لم يجز أن يكون الدين رأس مال المضاربة .

وهذا بخلاف ما لو غصب رجل من آخر ألف درهم ، وهي قائمة في يد الغاصب ، فقال له المغصوب منه : اعمل بها مضاربة بالنصف ، صحت المضاربة ، وإن كان رأس المال مضمونًا قبل عقد المضاربة ؛ لأنه صار أمانة بعد عقد المضاربة ، فإنه لما قال له : اعمل بها مضاربة ، ومن حكم رأس مال المضاربة أن يكون أمانة في يد المضارب ، فقد أبرأه عن ضمان الغصب ، فصار أمانة في يده ، فقد تحقق جواز المضاربة أما هنا فبخلافه ، وبخلاف ما إذا كان لرجل على رجل دين ، فقال رب الدين لرجل آخر : اقبض مالي من فلان ، واعمل به مضاربة بالنصف ، فإنه جائز ؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره ، وأضاف المضاربة إلى ما بعد قبض الدين ، وبعد قبضه يصير أمانة في يده ، وهو شرط جواز المضاربة ، أما هنا فبخلافه . وإذا لم تجز المضاربة بالدين عندهم ، فلو اشترى المديون بعد ذلك ، وباع وربح ، أو خسر كان الربح له ، والخسران عليه ، والدين عليه على حاله لرب الدين ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما ما باع ، واشترى يكون جائزًا على صاحب الدين ، والربح له ، والخسران عليه ، وكان المديون بريئًا عن الدين ، وله أجر مثله على رب الدين .

١٨٠٩٧ - وهذا الخلاف فرع لما ذكرت في كتاب البيوع أن رب الدين إذا قال للمديون : اشتر لي عبدًا بالدين الذي لي عليك ، ولم يعين البائع ، أو قال : أسلم مالي عليك في كر ، ولم يعين المسلم إليه ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يصح التوكيل ، وإذا اشترى ، أو أسلم كان ذلك واقعًا للوكيل ، ولا يبرأ عن الدين ، فكذا هذا ، وعلى قولهما : التوكيل صحيح ، وما اشترى ، أو أسلم فإنه يكون لصاحب الدين ، وإذا نقد الثمن ، أو رأس المال برئ عن الدين ، فكذلك هنا ، إلا أن المضاربة فسدت ؛ لأن رأس المال دين ، والمضارب في المضاربة الفاسدة إذا تصرف وربح ، أو خسر كان الربح لرب المال ، والخسران عليه ، ويكون للمضارب أجر مثل عمله في الحالين ، فكذا هنا .

وذكر في " الأصل " : إذا كان لرجل على آخر ألف درهم دين ، فقال الآخر : اقبض ديني من فلان ، واعمل به مضاربة ، فقبض بعضها ، وعمل فيه جاز ، ولو قال :

أحدهما : أن في المضاربة معنى الإجارة من حيث إنه شرط للمضارب بدلا بإزاء عمله، وهو الربح، فيجب العمل فيه بمعنى الإجارة، فعملت به في تسليمه رأس المال إلى المضارب؛ لأن تسليم محل العمل في الإجارة شرط جواز الإجارة[١].

الثاني : أن جواز المضاربة بخلاف القياس بالنص، فإنما يجوز إذا استجمعت المضاربة جميع الشرائط التي ورد بها النص، ومنها دفع المال إلى المضارب، فإنه روي في الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم : أنهم دفعوا المال مضاربة، فإذا لم يوجد تسليم رأس المال إلى المضارب رد إلى ما يقتضيه القياس .

الثالث . أن المضاربة انعقدت على رأس المال من كل جانب، والعمل من الجانب الآخر، فيجب أن يخلص اليد للمضارب على المال، وخرج على المعاني الثلاثة تصحيحا الشركة فإن يد رب المال قائم عند الشركة، وصحت . أما على المعنى الأول : فلأنه ليس في الشركة معنى الإجارة، بل فيها معنى الوكالة، وتسليم ما دخل تحت الوكالة إلى الوكيل ليس بشرط . وأما على المعنى الثاني ، فلأن النص ورد بجواز عقد الشركة مع قيام يد رب المال، وأما على المعنى الثالث فلأن الشركة انعقدت على العمل منهما، فمتى شرطنا انتفاء يد رب المال عنه، لم ينعقد الشركة أصلا، وسواء كان المالك عاقدا، أو غير عاقد إذا شرط عمله مع المضارب، لا تصح المضاربة . كالأب، أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة، وشرط عمل الصغير مع المضارب لا يصح، وكذلك أحد المتفاوضين، أو أحد شريكي العنان إذا دفع مال الشركة مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة .

أما الأول : فلأن الصغير إنما كان مالكا كانت يده على المال بجهة الملك كيد الكبير، وبقاء يد المالك على المال يمنع التسليم إلى المضارب، وأما الثاني : فلأن لشريكه في المال ملكا، فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك . وإذا لم يكن العاقد مالكا، شرط عمله مع المضارب، فإن كان العاقد من يجوز له أن يأخذ المال مضاربة بنفسه كالأب، أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة، وشرط على نفسه أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح، جازت المضاربة، وإن كان العاقد ممن لا يجوز له أن يأخذ المال مضاربة، فشرط

ولو شرط لأحدهما ربح مائة درهم لا بعينها من رأس المال، جاز؛ لأن اشتراط ربح مائة درهم لا بعينها إذا كان رأس المال ألفًا، واشتراط عشر الربح سواء، ولو شرط لأحدهما ربح هذه المائة بعينها، أو ربح هذا النصف بعينه من المال فسدت؛ لأنه مما قد يقطع الشركة في الربح؛ لأنه ربما لا يربح إلا على هذه المائة المعينة، وعلى هذا النصف، فيكون كل ذلك للمضارب، وربما لا يربح على هذه المائة المعينة، وعلى هذا النصف المعين، ويربح على ما سواهما، فيكون كل الربح لرب المال، ولو شرط لأحدهما نصف الربح إلا عشرة دراهم، أو ثلث الربح إلا خمسة دراهم فسدت المضاربة؛ لأنه يجوز أن لا يربح إلا عشرة، أو خمسة، فيأخذها أحدهما، ولم يبق للآخر شيء، وكذلك لو شرط لأحدهما نصف الربح، وزيادة عشرة دراهم؛ لما بينا.

١٨١٠١ - وذكر في آخر المضاربة، وفي القدوري: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر عملت فيه للمضاربة، فالمضاربة جائزة، والشرط باطل، وقال في مزارعة الأصل: إذا دفع أرضًا مزارعة بنصف الخارج، وجعل للمزارع أجر عشرة دراهم كل شهر عمل فيه للمزارعة، فالمزارعة باطلة.

وكان عيسى بن أبان يطعن على محمد، وكان يقول: ينبغي أن يستوي بين المسألتين في الصحة والفساد، فيقال: يصحان جميعًا؛ لأن في كل واحد من العقدين معنى الشركة، ولهذا جازت، وإن كان البدل معدومًا، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، أو يفسدان جميعًا؛ لأن في كل واحد من العقدين معنى الإجارة، والإجارة تبطلها الشروط الفاسدة.

والجواب من المشايخ من قال: في المسألة روايتان، وجه رواية الفساد أن هذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح، ووجه رواية الجواز أن هذا عقد على ربح معدوم لا يوجب قطع الشركة في الربح، ثم الحق به شرط فاسد، فيصح العقد ويبطل الشرط، إلا أن هذا الفرق إنما يتأتى على قولهما، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عنده الشروط الفاسدة بعد العقد تلتحق بالعقد وتفسده خلافًا لهما، وإنه معروف ذكر في الكتب، وعامة المشايخ على الفرق بين المضاربة والمزارعة.

والفرق أن لكل واحد من العقدين معنى الشركة ومعنى الإجارة، إلا أن معنى

الإجارة راجع في المزارعة على الشركة فيما بعد استحقاق البدل، ولهذا قالوا: لا يصح من غير توقيت[1]، ولم يجبر العامل على العمل، ويفسد بالشروط الفاسدة، فأما معنى الشركة في المضاربة راجح معنى الإجارة فيما بعد تسليم رأس المال إلى المضارب، ولهذا يصح من غير توقيت[1]، ولم يجبر المضارب على العمل، ولا يفسد بالشروط الفاسدة، بعد استحقاق البدل، فيعتبر إجارة في حق هذا الحكم اعتباراً للمرجح، والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة ما بعد تسليم رأس المال إليه، فتعتبر المضاربة شركة في غير هذا الحكم، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإن عمل المضارب على هذا الشرط، فإنه لا يستحق الأجر؛ لأنه عمل في شيء هو فيه شريك.

١٨٦٠٢- قال محمد رحمه الله فيمن دفع ألفاً مضاربة بالنصف على أن يدفع رب المال أرضه إليه ليزرعها سنة، أو على أن يسكن داره سنة: فالشرط باطل، والمضاربة جائزة. ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضاً له يزرعها رب المال سنة، أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة، فسدت المضاربة؛ لأن رب المال جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة داره، فصارت حصة العمل مجهولة.

١٨٦٠٣- قال في القدوري عن أبي يوسف: فيمن دفع مالاً مضاربة على أن يبيع في دار رب المال، أو في دار المضارب، كان جائزاً، ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال، أو يسكن رب المال دار المضارب، فهذا لا يجوز؛ لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين، فقد جعل البيع مكان العقد، وإذا شرط لرب المال السكنى، فقد جعل نصف الربح على العمل، وعلى منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى، فقد جعل ذلك أجرة. قال القدوري: وينبغي أن يكون الفساد في شرط السكنى، وينبغي أن يكون الفساد المذكور في هذه المسألة راجعاً إلى الشرط، لا إلى أصل العقد.

قال القدوري في كتابه أيضاً: كل شرط فاسد في المضاربة يوجب جهالة الربح، أو قطع الشركة في الربح يوجب فساد المضاربة، وما لا يوجب شيئاً من ذلك لا يوجب فسادها نحو أن يشترط أن تكون الوضيعة عليهما؛ لأن في المضاربة معنى الوكالة.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصحيح: «ترتب».

والوكالة لا تبطلها الشروط الفاسدة، ولأن صحة عقد المضاربة موقوفة على القبض فصارت المضاربة من هذا الوجه كالهبة، والهبة لا يبطلها الشروط الفاسدة، هذا الذي ذكرنا كله بيان شرائط جواز المضاربة

١٨٦٠٤ - جئنا إلى بيان حكمها، فنقول: حكم المضاربة شرعًا صيرورة المضارب وكيلًا بعد تسليم رأس المال إليه؛ لأنه أمره بالشراء، ويكون رأس المال في يده أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ليرده عليه، وكان بمنزلة المودع، وفي الانتهاء إذا ظهر الربح يصير شريكًا؛ لأنه يستحق بعض الربح، وإنما سمينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به، والذي يثبت بالمضاربة هذه، ولهذا قال مشايخنا: أن المضاربة في ابتدائها إيداع، وعند الشروع وفي العمل وكالة، وإذا ظهر الربح في الانتهاء يصير شريكًا، وإذا خالف المضارب يصير غاصبًا، وإذا فسدت صارت إجارة فاسدة، فهذه

وإن كان المسمى لعمله عوضاً، وهو ما شرط له من الربح كالمضاربة، وذلك لأنه إذا عمل في شيء هو فيه شريك، ومن عمل في شيء هو فيه شريك، فإنه لا يستوجب الأجر. وإن كان يبتغي لعمله عوضاً، كما هو أجير نفسه، فأما المضارب فيه يعمل في شيء هو فيه شريك، بل عمله فيما لا شركة له، وقد ابتغى لعمله عوضاً، فإذا لم يسلم له ما شرط له، استوجب قيمة عمله.

وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية، وذكر القدوري عن أبي يوسف: أن المضارب إذا لم يربح لا يستحق شيئاً في المضاربة الفاسدة.

ووجه هذه الرواية أن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من المضاربة الصحيحة، ثم في الصحيحة إذا لم يربح لا يستحق شيئاً، ففي الفاسدة أولى.

١٨٦١٢ - ثم في ظاهر الرواية إذا كان له أجر مثل عمله، فهل يجب بالغاً ما بلغ أم لا يجاوز[1] عما شرط له؟ يجب أن يكون على الاختلاف على قياس المسألة التي ذكرها في آخر كتاب الشركة في باب الاحتشاش والاحتطاب، قال: رجلان اشتركا في الاحتشاش والاحتطاب على أن يكون المجموع بينهما نصفان، فالشركة فاسدة، فإن عمل أحدهما، وأعانه الآخر كان ذلك للعامل، ولا شيء للمعين من المجموع، وللمعين على العامل أجر مثل عمله لا يجاوز به على نصف المجموع الذي شرط له عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: يجب بالغاً ما بلغ، فيجب أن يكون هنا على ذلك الخلاف، ويجوز أن لا يجاوز على المشروط عند محمد رحمه الله أيضاً، لأن ما شرط للمضارب من مائة أو نصف من الربح معلوم في نفسه، بخلاف المشروط للمعين من نصف المجموع؛ لأنه مجهول في نفسه، فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما لو استأجر أجيراً بأجرة ولم يبين مقدارها، فإذا عمل يستوجب أجر مثله بالغاً ما بلغ، فكذا هذا. وكذلك لو عمل المضارب في المال، فتلف كله، فله أجر مثل عمله؛ لأن العامل كان لا يستحق حبس المال بأجر عمله حتى ينال. إذا هلك المال يسقط أجره؛ لأنه ليس لعمله أثر قائم في المال، فأشبه الحمال من هذا الوجه، والحمال لا يستحق حبس المحمول بالأجر؛ لأنه ليس لعمله أثر قائم في المحمول، فلم يستحق

(١) في الأصل: أن لا يجاوز.

المضارب ، وجعلنا المال أمانة في يده عملا باللفظ ؛ لأن المال أمانة في يد المضارب ، فالمضارب عمل بالمعنى ، ولم يعمل باللفظ ، فإنه لم يعتبر لفظ المضاربة في حكم ما ، ويجب العمل باللفظ ما أمكن كما يجب العمل بالمعنى ، وفي ظاهر الرواية عمل بالمعنى واللفظ جميعًا ، وكان ما ذكره في ظاهر الرواية أن المال عنده أمانة في قولهم جميعًا ، هو الأصح بخلاف الإجارة الفاسدة ؛ لأنها إجارة لفظًا ومعنًى ، وكان أجيرًا مشتركًا معنًى ولفظًا ، فيكون المال مضمونًا عنده ، إلا أن يهلك عنده بأمر لا يمكن التحرز عنه .

الفصل الثاني

فيما يكون مضاربة بغير لفظها

١٨١٠٧- دفع إلى غيره ألف درهم مقارضة[1] بالنصف، فذلك جائز، وهي مضاربة؛ لأن المقارضة والمضاربة لفظان ينبئان عن معنى واحد، إلا أن المضاربة لغة أهل العراق، والمقارضة لغة أهل الحجاز، وهذا كالمزارعة مع المحاقلة، فإنهما ينبئان عن معنى واحدة، كالمعاملة مع المساقاة، فإنهما ينبئان عن دفع النخيل بالثلث، أو نحوه، إلا أن المزارعة، والمعاملة لغة أهل العراق، والمحاقلة، والمساقاة لغة أهل الحجاز، وإذا كانتا لفظين ينبئان عن معنى واحد، صار ذكر المقارضة، والمضاربة سواء، وكان كمن قال الآخر: هذا المال لك هبة، أو عطية كانا سواء؛ لأنهما ينبئان عن معنى واحد، فصار ذكر الهبة وذكر العطية سواء، فكذا هذا، ثم إنما سميت المضاربة مقارضة؛ لأن فيها معنى القرض[2]؛ لأن المضارب أخذ من رب المال رأس ماله؛ لينتفع به، ثم يرد عليه مثله، وهذا هو معنى القرض، وكذلك لو قال: خذ هذه الألف معاملة بالنصف يكون مضاربة؛ لأنه لما جاز أن يسمى هذا العقد مضاربة لما فيها من الضرب في الأرض للتقلب والتصرف جاز أن يسمى معاملة لما فيها من العمل، وهو البيع، والشراء، بل أولى؛ لأن المضاربة لا تنفك عن البيع والشراء، وتنفك عن الضرب في الأرض؛ لأنه قد يتحقق البيع، والشراء بدون السفر، وإذا صلح لفظة المعاملة كناية عن المضاربة صارت المضاربة مذكورة بما يصلح كناية عنها، وذكر الشيء بالكناية كذكره بالتصريح، وكذلك إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف، واعمل بها على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان، كانت مضاربة جائزة؛ لأنه إن لم يذكر المضاربة لفظًا، فقد ذكر جميع معنى المضاربة، فإن معناها أن يشتري، ويبيع، ويكون للمضارب بعض الربح بسبب البيع، والشراء، واسم العمل يتناول البيع، والشراء كما يتناول غيرهما من الأعمال،

---

(١) وفي "ظ": مقارضة.

(٢) وفي "ف": القرض.

وإذا صار البيع، والشراء مذكوراً باسم العمل كان بمنزلة ما لو ذكر البيع، والشراء نصاً. وقد ذكر للمضارب نصف الربح فصح ما ذكرنا أنه ذكر معنى المضاربة كله، والعقد كما يثبت بذكر اللفظ يثبت بذكر جميع معناه، كما في البيع، والإجارة، فإنهما كما يثبتان بلفظ البيع، والإجارة، يثبتان بذكر جميع معانيهما بأن يقول: ملكتك هذا العبد بألف، ملكتك منافع داري هذه شهراً بعشرة دراهم، فكذا هنا.

ولو قال: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف، أو بالثلث، أو بالعشر فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وصارت استحساناً، وجه القياس أنه لم يذكر المضاربة لفظاً، ولا جميع معاني المضاربة، إنما ذكر بعض ما ينتظم به المضاربة، والعقد إنما يثبت باللفظ، أو بذكر جميع معانيه، فأما بذكر بعض معاني العقد، فلا يثبت العقد.

ألا ترى لو قال: ملكتك هذا العبد لم يثبت به البيع، وكذلك في المضاربة لو قال: خذ هذه الألف، واشتر بها هروياً، أو رقيقاً بالنصف، وإنما قلنا: ذلك إما لم يذكر المضاربة لفظاً، فلا إشكال، وإما لم يذكر[1] جميع معاني المضاربة؛ فلأن معنى المضاربة البيع، والشراء، وأن يكون للمضارب بعض الربح، بأن البيع والشراء إن صارا مذكورين بذكر العمل؛ لأنه يتناول كل عمل لم يصر الربح مذكوراً، فإنه لم يقل: النصف من الربح، وإنما ذكر النصف مطلقاً، ومطلق النصف كما يحتمل أن يكون من الربح، يحتمل أن يكون من رأس المال كما في مسألة الشراء، وإذا لم يذكر المضاربة، لا

فيكون الأجر مجهولاً، فكانت إجارة فاسدة، فكذا هذا.

وهذا بخلاف ما لو قال: خذ هذه مضاربة بالنصف، حيث جازت قياساً واستحساناً، وإن لم يذكر النصف من الربح؛ لأنه ذكر لفظ المضاربة، فصار النصف من الربح مذكوراً مقتضى المضاربة، فجازت قياساً، واستحساناً لاستجماعها شرائط الجواز، وبخلاف ما لو قال: اعمل بها على أن ما رزق الله تعالى بيننا، أو ما كان من فضل فهو بيننا، جازت المضاربة قياساً واستحساناً؛ لأنه إن لم يذكر المضاربة لفظاً، فقد ذكر جميع معانيها، فإنه ذكر البيع، والشراء إذ ذكر العمل والمقصود كما يثبت بصريح اللفظ يثبت بذكر جميع معاني الصريح، فأما ههنا بخلافه.

وجه الاستحسان: أنه ذكر جميع معاني المضاربة إن لم يذكر لفظها؛ لأن جميع ما يتطلبه المضاربة البيع والشراء، فإنه لا بد من الشراء أولاً برأس المال، ثم من البيع بعد ذلك حتى يتحقق الربح، فإن الربح لا يتحقق ما لم يبع المشترى لجواز أن تكون قيمة المشترى ألفين يوم الشراء لغلاء السعر، فيكون للمضارب ربح، ثم يوم البيع تصير قيمته ألفاً، فلا يحصل الربح، وإذا كان كذلك كان أمر الربح موقوفاً على البيع، والمضاربة تعقد لحصول الربح، وكان متضمناً للبيع والشراء، ومعنى الربح للمضارب، فجميع ما يتطلبه المضاربة هنا، وقد صار البيع، والشراء مذكوراً بذكر العمل ونصيب المضارب من الربح صار مذكوراً عرفاً، إن لم يذكر رب المال نصاً؛ لأن النصف متى ذكر عقيب الشراء، ودفع الألف إليه، فإنه يراد عرفاً النصف من الربح، والثابت عرفاً كالثابت نصاً، ولو نص على أن له نصف الربح، صحت مضاربة، فكذا ههنا، بخلاف مسألة الشراء؛ لأنه لم يذكر المضاربة ثمة لفظاً، ولا إمكان فيه، ولم يذكر جميع معاني المضاربة البيع والشراء، ولأن يكون للمضارب نصيب من الربح، ولم يذكر البيع لا نصاً، ولا ذكر اسماً آخر يدل على البيع، إنما ذكر الشراء، وإنه لا يتناول البيع، والنصف متى ذكر عقيب الشراء خاصة، لا يراد بالنصف عرفاً من الربح حتى يصير البيع مذكوراً مقتضى ذكر الربح من حيث إن الربح لا يتحقق من غير بيع، وإذا لم يذكر جميع معاني المضاربة لم تثبت المضاربة، وبقيت إجارة فاسدة لجهالة العمل، والبدل، فأما هنا ذكر النصف عقيب البيع، والشراء، وعقيب دفع الألف إليه يراد به عرفاً النصف من الربح، فصار جميع معاني المضاربة مذكورة.

١٨٦٠٨ - وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألفًا، فقال: خذ هذه الألف، وابتع بها متاعًا، فما كان من فضل، فلك النصف، ولم يزد على هذا شيئًا، فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وفي الاستحسان: جائزة، وجه الاستحسان: أنه ذكر جميع معنى المضاربة، فصحت المضاربة، أما ذكر الشراء، ونصيب المضارب من الربح فظاهر، وأما ذكر البيع: فلأن نصيب المضارب من الربح ذكر البيع اقتضاء؛ لأن الفضل والربح لا يتحقق إلا بالبيع، فصار البيع ثابتًا مقتضى نصيب المضارب من الفضل، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا، ولو نص فقال: خذ هذه الألف، واشتر بها، وبع على أن يكون كذلك من الربح كان جائزًا، فكذا هذا بخلاف قوله: اشتر بها هرويًا بالنصف؛ لأنه لم يذكر البيع لا نصًا، ولا مقتضى؛ لأنه ذكر شيئًا، ولم يقل: اشتر على أن ما كان من فضل، ولو قال: ذلك، جازت المضاربة، كما جازت هنا، وههنا لو لم يقل: فما كان من فضل، فلك النصف، لا تجوز المضاربة، كما في الشراء، فأما إذا قال: خذ هذا المال على النصف، أو قال: بالنصف، ولم يزد على هذا: فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وجازت استحسانًا؛ لأنه ذكر جميع معنى المضاربة مقتضى ذكر النصف مقرونًا بكلمة الباء، أو بكلمة على، وأنهما يصحبان الإبدال، فاقتضى ذكر النصف مقرونًا بحرف البدل سببًا يستقيم استحقاق البدل عليه، وذلك العمل لا الأخذ منه، فصار العمل مذكورًا مقتضى ذكر النصف، وإذا صار العمل مذكورًا مقتضى ذكر النصف، صار تقدير ما قال: كأنه قال: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف، أو على النصف، ولو قال: هكذا، جازت المضاربة استحسانًا، فكذا هذا

١٨٦٠٩ - وإذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف، واشتر بها هرويًا بالنصف، أو قال: اشتر بها رقيقًا بالنصف، ولم يزد عليه، فقد ذكرنا أن المضاربة فاسدة، فإن اشترى بها هرويًا بالنصف، واشترى بها رقيقًا بالنصف كان المشترى للآمر؛ لأنه اشترى له بإجارة فاسدة، والفاسد من العقود في الأحكام ملحق بالصحيح، ولو اشترى له بإجارة جائزة بأن كان الأجر معلومًا، وبين المدة حتى صحت الإجارة، وكان

لأنه لم يؤمر بالبيع، فكذا هذا، فإن تلف ما باع، ولم يقدر على المشتري، فالمضارب ضامن لقيمة ما باعه لرب المال؛ لأنه سلم ماله إلى المشتري بغير الإذن فضمن.

ألا ترى لو كان مقدر يقدر على المشتري كان له تضمين المضارب[1]، فإذا كان لا يقدر عليه أولى، والثمن الذي باعه به المضارب له؛ لأنه بالضمان ملك ما باعه، فنفذ بيعه، وصار الثمن للمضارب كالغاصب إذا باع المغصوب، ثم ضمن.

١٨٦١٠ - طعن أبو القاسم الصفار في هذا الفصل، وقال: يجب أن لا يصح بيع المضارب، وإن ضمن قيمة ما باعه لرب المال، ويكون للمضارب أن يرجع على المشتري، فيأخذ منه ما باع إن كان قائمًا، وإن كان هالكًا، فإنه يضمن قيمته، ويكون للمشتري حق الرجوع على المضارب بالثمن؛ لأن الثمن لم يصر ملكًا للمضارب، فيتقاصان الثمن بالقيمة، فإن فضل لأحدهما على صاحبه شيء رجع عليه بالفضل، وذهب في ذلك إلى أن سبب الملك للمضارب فيما باع تأخر عن البيع، فلا يصح بيع المضارب قياسًا على ما لو باع شيئًا لغيره، وسلم، ثم اشترى بعد ذلك، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن سبب الملك للمضارب فيما باع تأخر، وهو تسليم ما باع إلى المشتري، فإنه من وقت التسليم يصير غاصبًا لما باع، أما قبل ذلك لم يوجد منه سبب الضمان؛ فملكه من وقت التسليم، والبيع وجد قبل ذلك، حتى لو كان المضارب سلم المبيع إلى المشتري أولاً، ثم باعه منه ينفذ بيعه؛ لأنه صار ضامنًا له بالتسليم، فعند أداء الضمان يملكه من ذلك الوقت، والبيع كان بعده، وعلى قياس ما روي عن ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في "النوادر": المودع إذا باع الوديعة بغير أمر صاحبها، وسلمها إلى المشتري لا ينفذ البيع، ينبغي أن لا ينفذ[1] بيع المضارب ههنا، كما قاله أبو القاسم.

والجواب عن الطعن بأن تملك المضارب يسبق البيع، وبيان ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المضارب عند أداء الضمان ملك المبيع سابقًا على البيع متصلا به؛ لأنه يصير ضامنًا حين قصد البيع، وأكد قصده البيع والتسليم، والبيع وجد بعد ذلك، وهذا وجه معروف.

---

(١) وفي الأصل فقط: كان له أن يضمن المضارب

والثاني: أن ذلك البيع لا ينفذ من المضارب؛ لأنه يسبق الملك، بل ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي، وإنه متأخر عن الملك، بيانه أن المضارب صار ضامناً بالبيع، والتسليم. ومعناه رفع الموانع، وتمكين المشتري من قبض المبيع، وبقبض المشتري المبيع بعد ذلك، ودفعه الثمن إلى المودع ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي. وقبض المشتري من غير تسليم البائع، ودفع الثمن إلى البائع يكفي لثبوت البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد من البائع تسليم، وإذا كان البيع ينعقد بينهما بقبض المشتري المبيع، وإعطاء الثمن البائع، فنقول: هنا تأخر سبب الضمان عن الملك فينعقد، وإذا انعقد بيع المضارب هنا صار الثمن ملكاً للمضارب، وعلى المضارب أن يتصدق بما فضل من الثمن على القيمة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي يوسف: لا يتصدق به، وهذا على قياس مسألة المودع إذا تصرف في الوديعة، وربح ثم ضمن، والمسألة معروفة في كتاب الوديعة

فإن أجاز رب المال بيع المضارب، جازت إجازته، سواء كان المبيع قائماً بعينه، أو كان لا يدري أنه قائم، أو هالك، أما إذا كان قائماً بعينه، وقد علم قيامه فلا شك أن إجازة رب المال جائزة؛ لأنه يصح منه ابتداء البيع في هذه الحالة، فتجوز الإجازة أيضاً،

بيع الهالك ابتداء، فكذا الإجارة.

١٨١١٦ - ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة، واشتر بها هرويًا بالنصف، أو رقيقًا بالنصف، هل تجوز مضاربته بالنصف أم لا؟ لا رواية لها في الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخي يقول: بأنه يجب أن لا تجوز المضاربة قياسًا على ما ذكرنا في المزارعة، إذا دفع أرضًا وبذرًا، وقال: خذها مزارعة، فاسقها بالنصف، أو قال: خذ هذه النخيل معاملة، فاحفظها بالنصف، فالمزارعة والمعاملة فاسدة، وإن ابتدأ الكلام بالعموم؛ لأنه رده إلى الخصوص بقوله: "فاسقها بالنصف"، أو "احفظها بالنصف" على مخالفة ما يوجبه حكم العام، فإن حكمه أن يكون جميع النصف مقابلا بجميع العمل، وقد قابله بإزاء عمل واحد منه في الأجرة، وذكر بعض ما اشتمله العام على مخالفة حكمه، فأوجب تخصيص العام، وإذا أوجب تخصيص العام صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص لا غير، ولو تكلم بالخاص، بأن قال: اسق هذه الأرض بالنصف، واحفظ هذه النخيل بالنصف، كانت فاسدة، فكذا ههنا ابتدأ الكلام بما يوجب العموم حيث ذكر المضاربة، وإنها تتناول البيع، والشراء، واستحقاق بعض الربح بهما، إلا أنه لما قال: واشتر بها هرويًا بالنصف، فقد رده إلى الخاص على مخالفة ما يوجبه حكم العام، فإن حكم العام أن يكون النصف في الأجرة بإزاء البيع، والشراء، لا بإزاء الشراء وحده، فإذا قال: واشتر بها هرويًا بالنصف، فقد جعل النصف بمقابلة الشراء لا غير، فلما وجب تخصيص العام صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص، ولو تكلم بالخاص كانت المضاربة فاسدة، كذا ههنا.

قال: كان يقول رحمه الله: وللقائل أن يقول أيضًا: إذا لم يحفظ مسألة المزارعة أن المضاربة جائزة؛ لأن قوله: واشتر بها هرويًا بالنصف على المضاربة، فيجعل ذلك كالمصرح به، ولو صرح به يجوز؛ لأنه لا يوجب ذلك تخصيص العام، فكذا هذا، إلا أن هذا يشكل بمسألة المزارعة والمعاملة، فإنه لم يقل بأن قوله: واحفظها بالنصف، واسق الأرض بالنصف يحتمل على المعاملة والمزارعة، ولم يحتمل[١]، كأنه صرح بذلك، ولو صرح به جاز.

الفصل الثالث

في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها نصًّا ولا يجوز

١٨١٦٢ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فهو بينهما، ولم يزد على هذا شيئًا، فإنه يكون مضاربة جائزة؛ لأن كلمة «بين» في اللغة كلمة التنصيف، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾[2] الآية، أي بين قوم صالح وبين الناقة، وكان ذلك على المناصفة بدليل قوله عز وجل: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾[3] الآية.

ومن أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان، وأحدهما ميت كان للحي نصف الثلث، كأنه قال: أوصيت بنصف الثلث لفلان، بنصفه لفلان آخر، وأحدهما ميت، وإذا كانت كلمة بين للتنصيف لغة صار كأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان، وهناك تصح المضاربة، كذا هذا، وكذلك لو دفع إليه ألف درهم مضاربة على أنهما شريكان في الربح، ولم يبين مقدار ذلك، فالمضاربة جائزة، والربح بينهما نصفان؛ لأن مطلق الشركة يقتضي المساواة، كما قال الله تعالى: في الإخوة والأخوات لأم: فهم شركاء في الثلث، فكان الثلث بينهم بالسوية، لا يفضل الذكر على الأنثى.

١٨١٦٣ - وإذا قال الرجل لغيره: أشركتك في هذا العبد، كان العبد مشتركًا بينهما نصفان، وإذا اقتضى مطلق الشركة المساواة صار كأنه قال: دفعت إليك هذه الألف مضاربة على أن يكون الربح بيننا نصفان، وذلك جائز، ويكون الربح بينهما على المناصفة، كذا هذا، ولو قال: على أن للمضارب شركًا من الربح، فالشرك والشركة واحد، وبينهما نصفان عند أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: قد فسدت المضاربة؛ لأن الشرك عبارة عن مطلق النصيب، قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي

(١) وفي م: [illegible]

(٢) سورة القمر، الآية ٢٨

(٣) سورة الشعراء، الآية ١٥٥

عليه ، فلم يجز فكذا هذا .

١٩٨١١ - هذا إذا جهلا ما شرط لفلان من الربح ، فأما إذا علم أحدهما وجهل الآخر إما رب المال أو المضارب ، فإن المضاربة لا تجوز ؛ لأن الجاهل بذلك جهل مقصوده بالمضاربة ، وهو الربح ، فأوجب فساد المضاربة . ثم أبو حنيفة رحمه الله لا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ، وبين مسألة الشفعة متى جهل رب المال المشروط لفلان وعلم المضارب ؛ لأن رب المال مشتر لعمل المضارب ببعض ما شرط له من الربح ، والمضارب بائع عمله من رب المال ببعض الربح ، فإذا جهل رب المال ، وهو بمنزلة المشتري ، كان بمنزلة ما لو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة ، ولو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة مقدار النصيب فسد البيع أيضاً ، فكذلك هذا ، وإنما يحتاج إلى الفرق إذا علم رب المال ، وجهل المضارب ، فإن ثمة قال : إذا جهل البائع مقدار النصيب ، وعلم المشتري جاز البيع هنا على المشتري بمقدار نصيبه لما علم بشروط فلان ، إنما جهل البائع ، وهو المضارب ، وقد قال : المضاربة فاسدة ، فيحتاج إلى الفرق بين المسألتين في هذا الموضع .

والفرق له ظاهر ، وهو أن في مسألة الشفعة جهالة البائع بمقدار النصيب إنما لم تمنع جواز البيع ؛ لأنه لم يجهل مقصوده من البيع ، فإن مقصود البائع من البيع الثمن ، ومقصود المشتري المبيع ، والبائع يعلم مقصوده من الثمن ، والمشتري علم مقصوده من المبيع فجاز البيع ، فأما هنا المضارب وإن كان بائعاً فقد جهل مقصوده من المضاربة ؛ لأن مقصوده من المضاربة الربح ، وقد جهل مقصوده من الربح إذا جهل مشروط فلان ، فإنه لا يدري مقدار ربحه ، فأوجب ذلك فساد المضاربة ، ونظير قياس مسألة المضاربة من البيع أن لو جهل البائع مقصوده من الثمن بأن باع نصيبه من هذه الدار بمثل ما باع فلان ، ولم يعلم البائع بما باع به فلان ، والمشتري عالم ، وهناك البيع يكون فاسداً ، وإن كان الجاهل هو البائع ؛ لأنه جهل مقصوده بالبيع ، فإذن من حيث المعنى لا فرق بين المسألتين ، فإنه في المسألتين جميعاً متى جهل البائع مقصوده بالعقد كان العقد فاسداً

الفصل الرابع

في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها

١٨٦٦٦ - قال محمد رحمه الله: من دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء في ذلك، فذلك كله للمضارب، فقبض المضارب المال على هذا الشرط، وربح، أو وضع، أو هلك المال بعد ما قبضه المضارب قبل أن يعمل به، كان الربح للمضارب، والوضيعة والهلاك عليه؛ لأن هذا العقد وإن كان مضاربة لفظًا، فهو قرض معنى؛ لأن رب المال شرط جميع الربح للمضارب، ولن يصير جميع الربح للمضارب إلا بعد أن يكون رأس المال للمضارب خاصة؛ لأن الربح من رأس المال بمنزلة الولد من الأم، والثمرة من الشجرة؛ لأن الربح نماء المال، والثمر فرع الشجرة، والولد فرع الأم، ثم لا يجوز أن يكون الأم لإنسان، والولد يخرج على ملك الغير، فكذا الربح، فإذا شرط رب المال جميع الربح للمضارب، فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى اشتراط جميع الربح له، إلا أنه ملكه بطريق التبرع حيث لم يشترط عليه العوض، والتبرع نوعان: الهبة، والقرض، والقرض أدنى، فكان إثباته أولى حالة الاحتمال، وصار كأنه صرح بالقرض، وهناك جميع الربح يكون للمضارب، والوضيعة والهلاك عليه، كذا هنا.

فإن قيل: هذا العقد إن كان قرضًا معنى، فهو مضاربة لفظًا، فلم كان[1] اعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ.

قلنا: نحن نعتبر اللفظ والمعنى جميعًا، فنعتبره مضاربة ابتداء، قرضًا انتهاء؛ إذ القرض يرد على المضاربة، فإن من دفع إلى رجل دراهم مضاربة، وسلمها إليه، ثم إن رب المال أقرض تلك الدراهم من المضارب جاز، وتصير الدراهم قرضًا، فعملنا باللفظ والمعنى، وقلنا: إن هذا العقد ينعقد مضاربة في الابتداء، ثم يصير قرضًا بعد ما قبضه المضارب، فهذا من باب العمل بالمعنى واللفظ، لا من باب الترجيح للمعنى

---

(١) وفي الأصل: فإن كان.

على اللفظ، هذا كما قلنا في الهبة بشرط العوض: إنها تنعقد هبة ابتداء عملاً باللفظ، وتتم بيعًا بعد اتصال القبض بالبدلين عملاً بالمعنى، وأمكن العمل باللفظ والمعنى، ثم كما أمكن ههنا؛ لأن البيع يرد على الهبة، فإن من وهب إنسانًا شيئًا، وأبى التسليم إلى الموهوب له حتى باعه من الموهوب له، يجوز، فعملنا باللفظ والمعنى على نحو ما قلنا، كذا ههنا.

فإن قيل: أليس أن محمدًا رحمه الله ذكر في كتاب المزارعة أن من دفع إلى رجل أرضًا، وقال له: ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، ففعل، كان كل الخارج للمزارع، ولا شيء لرب الأرض على المزارع، وجعل رب الأرض مملكًا منافع الأرض من المزارع بغير عوض، ولم يجعل صاحب المال ههنا مملكًا رأس المال من المضارب من غير عوض.

قلنا من الفرق بين المسألتين أن في المسألتين جميعًا لما لم يشترط رب الأرض، ورب المال العوض لنفسه احتمل أن يكون التمليك بعوض، وأن يكون بغير عوض، إلا أنا لو جعلنا رب الأرض مملكًا منافع الأرض بعوض، فقد قومنا المنافع حالة الشك، ولا وجه إليه؛ لأنها غير متقومة في الأصل، وإذا جعلنا رب المال مملكًا رأس المال بعوض أن قومناه على المضارب حالة الشك، فإنه جائز؛ لأن رأس المال متقوم في الأصل، ولو كان شرط رب المال في عقد المضاربة أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فكله لي، كان هذا بضاعة؛ لأن هذا إن كان مضاربة لفظًا، فإنه إبضاع معنى؛ لأن المضارب لم يبتغ لعمله عوضًا لما رضي أن يكون جميع الربح لرب المال، والمستبضع من لم يبتغ لعمله عوضًا، فكان هذا إبضاعًا معنى، وإن كان مضاربة لفظًا، والمستبضع إذا ربح، أو وضع كان الربح لرب المال، والوضيعة عليه أيضًا.

الفصل الخامس
في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر

١٨١١٧ - إذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم مضاربة[١] على أن للمضارب نصف الربح؛ أو قال: ثلثه، ولم يتعرض لجانب رب المال، فالمضاربة جائزة؛ وللمضارب ما شرط له، والباقي لرب المال؛ لأن البيان والشرط إنما يعتبران في جانب المضارب، لا في جانب رب المال، كان المضارب إنما يستحق الربح بالشرط، فأما رب المال فإنما يستحقه لكونه فرع ملكه، فلهذا لابد من الشرط، والبيان في جانب المضارب، وقد وجدا، فلا حاجة إلى ما وراءه.

١٨١١٨ - ولو قال: على أن لرب المال نصفه، أو قال: ثلثه، ولم يبين للمضارب شيئاً، فالقياس أن تفسد المضاربة، وفي الاستحسان: يجوز، ويكون للمضارب الباقي بعد نصف رب المال، والوجه في ذلك أن رب المال خص نصيبه من الربح بالنصف، أو الثلث، فيجب أن يكون في هذا التخصيص فائدة، وإنما يفيد هذا التخصيص إذا صار بياناً أن الباقي للمضارب، أما إذا لم يصر بياناً أن الباقي للمضارب كان ما ذكر من النصف أو الثلث لنفسه من الربح لغواً. ولا يلغى كلام العاقل ما أمكن

وعلى هذا القياس والاستحسان: المزارعة إذا بين صاحب البذر نصيب نفسه خاصة، ولم يبين نصيب الآخر، ولو قال رب المال: على أن لي نصف الربح، ولك ثلثه، فللمضارب الثلث، والباقي لرب المال؛ لما ذكرنا أن البيان إنما يحتاج إليه في جانب المضارب، لا في جانب رب المال، وقد بين للمضارب ثلث الربح، فيكون الباقي لرب المال ضرورة.

١٨١١٩ - ومن قال لغيره: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف، أو قال: بالثلثين، أو بالثلث، أو ما أشبه ذلك، فالمضاربة جائزة؛ لأنها لو لم تجز، إنما لم تجز؛ لأنه لم يبين نصيب المضارب، وقد بين نصيب المضارب؛ لأن ما ذكر من النصف، ونحوه مشروط

للمضارب دلالة، والثابت دلالة، كالثابت نصًّا سواء، ولو نص على أن للمضارب نصف الربح، أو ثلثه، أو ما أشبه ذلك، أليس أنه يجوز؟ كذا ههنا.

وبيان الدلالة من وجهين: أحدهما: أنه قرن النصف، أو الثلث بحرف الباء، وهو إنما يصحب الأبدال، فيكون مشروطًا لمن يستحقه بطريق البدل، والذي يستحق بطريق البدل المضارب، فإنه يأخذه بدل عمله، فأما رب المال، فلا يستحق الربح بطريق البدل عن شيء، وإنما يستحقه لملكه رأس المال؛ لأنه فرع ملكه، وكان كصاحب البذر في المزارعة لا يستحقه؛ لأنه فرع ملكه لا بدلاً عن شيء، فكذلك هذا.

والثاني: وهو أن المضارب هو المحتاج إلى الشرط، فإنه لا يستحق ربح المال بغير شرط، فأما رب المال، فإنما(١) يستحقه بغير الشرط؛ لأنه فرع ملكه، ولهذا كان جميع الربح متى فسدت المضاربة، وإذا كان المحتاج إلى الشرط هو المضارب، لا رب المال، فإذا شرط النصف في المضاربة مطلقًا، انصرف إلى من يحتاج إلى الشرط، لا إلى من لا يحتاج إليه، فكان كمن اشترى عشرة دراهم، وثوبًا بعشرين درهمًا، فنقد عشرة ولم يقل: من حصة الدراهم يصرف إليه؛ لأن حصة الدراهم من الثمن هو المحتاج إلى القبض في المجلس، فأما حصة الثوب فما لا يحتاج إلى قبضه في المجلس لصحة العقد، فصرفت العشرة المنقودة عند الإطلاق إلى ما كان محتاجًا إليه، لا إلى ما كان غير محتاج إليه، فكذلك هذا، وإذا انصرف المشروط إلى المضارب دلالة للوجهين اللذين ذكرنا، صار كالمنصوص عليه.

١٨١٢٠ - ولو نص، فقال: دفعت إليك هذا المال مضاربة على أن يكون النصف لك، أو الثلثان لك صحت المضاربة؛ لأن نصيبه معلوم على وجه لا يقطع الشركة في الربح، فكذلك هذا، فإن قال رب المال: عنيت الثلثين لنفسي، لم يصدق؛ لأن الثلثين صار مشروطًا للمضارب دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصًّا، ولو نص أن للمضارب الثلثين، ثم قال: عنيت الثلثين لنفسي لم يصدق، فكذا هذا.

فإن قيل: كان يجب أن تصح المضاربة؛ لأن من إحدى شرائطها أن يكون نصيب المضارب معلومًا من الربح حتى لو شرط له النصف من رأس المال، والربح كانت

(١) في الأصل و«م»: فإنه.

المضاربة فاسدة، وهنا إن صار نصيبه معلومًا بالنصف لم يصر معلومًا أنه من رأس المال، أو من الربح؛ لأنه ذكر النصف مطلقًا غير مقيد بالربح، ومطلق النصف يحتمل الأمرين جميعًا.

قلت: رب المال إن لم يقيد النصف بالربح نصًا، فقد تقيد النصف بالربح دلالة؛ لأنه ذكر المضاربة، والمستحق للمضارب بحكم المضاربة الربح، لا رأس المال، فيصير النصف مقيدًا بالربح مقتضى ذكر المضاربة، والثابت اقتضاء كالثابت نصًا. ولو نص، فقال: خذ مضاربة بالنصف من الربح، كانت المضاربة جائزة، وكان النصف مشروطًا للمضارب من الربح، فكذلك هذا. إن قلنا: إن النصف تقيد بالربح مقتضى ذكر المضاربة، ولئن قلنا: إنه لم يتقيد النصف بالربح مقتضى ذكر المضاربة، فنقول: ذكر النصف مطلقًا، يحتمل أن يكون من الربح، وأن يكون من رأس المال، فيصرف إلى الربح، حملا للعقد على الصحة، كما لو باع بألف درهم، تصرف إلى نقد البلد حملا للعقد على الصحة، وإن احتمل ذكر الدراهم مطلقًا نقد بلد آخر، فكذا ههنا.

رب المال له نحو الابن، والمرأة، والمكاتب، ومن أشبههم، والجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لأجنبي.

الرابع: إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب، أو لقضاء دين رب المال، فهو جائز، ويكون المشروط له؛ لأن منفعته تعود إليه.

الفصل السابع

في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا

١٨١٢٢ - إذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فأخذه على ذلك، فهو جائز على ما سمى؛ لأنه جمع بين العقدين على المشاع، ولو أفرد كل واحد منهما على المشاع يجوز، فإنه لو قال: دفعت إليك نصف هذه الألف قرضاً، يجوز، وكذلك إذا قال: دفعت إليك نصف هذه الألف مضاربة، فيجوز إذا جمع بينهما، وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا، وبه علم أبو القاسم الصفار، وإذا جاز هذا العقد كان لكل واحد نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا هلك بعد القبض يهلك على المستقرض، ومن حكم المضاربة أن رأس المال إذا هلك في يد المضارب يهلك أمانة.

١٨١٢٣ - وإذا قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لي، فإنه يجوز ويكره؛ لأنه قرض جر نفعاً؛ لأنه شرط مع القرض لنفسه عملاً في ماله، ولو قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك، ونصفها مضاربة تعمل به بالنصف، فهو جائز، ولم يذكر الكراهة ههنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهية ثمة ذكر ههنا؛ لأن القرض في الموضعين جر نفعاً، ومنهم من قال: سكوت محمد رحمه الله عن ذكر الكراهية ههنا دليل على أنه لا كراهة ههنا، وإنما جاء الفرق لاختلاف الوضع ذكر في هذه المسألة أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض عليك، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعلها شرطاً في القرض، وإذا لم تصر المضاربة شرطاً، كان هذا نفعاً حصل للمقرض من غير شرط في القرض.

وفي المسألة المتقدمة جعل المضاربة شرطاً في القرض، فإنه قال: وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة، وكلمة «على» للشرط، فصارت المضاربة شرطاً في القرض، وكان هذا قرضاً جر نفعاً شرطاً في القرض، والمكروه منفعة شرطت في القرض، لا

مطلق المنفعة، ولكن هذا ليس بصحيح.

١٨١٢٤ - فقد ذكر القدوري في شرحه: إذا دفع إليه ألف درهم على أن نصفها قرض عليه، ويعمل بالنصف الآخر على الربح للدافع. وذكر أنه مكروه مع أنه لم يجعل المضاربة شرطاً في القرض. ولو قال: على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة للمضارب، وقبضها المضارب على ذلك غير مقسومة، فهذه الهبة فاسدة، والمضاربة جائزة، فإن هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل به، أو بعد ما عمل به، فإنه ضامن لنصف المال حصة الهبة، ولا يضمن حصة المضاربة.

وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له، فإن ربح المال ربحاً، كان نصف الربح للمضارب، ونصفه للمضاربة؛ لأن نصف الدراهم صار ملكاً للمضارب بالهبة، فحصته من الربح يكون له، والنصف الآخر للمضاربة، فحصته من الربح تكون بين رب المال والمضارب على الشرط.

ولم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب أن حصة الهبة من الربح، هل تطيب للمضارب، أو يتصدق به؟ وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينبغي أن يتصدق به عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يتصدق به؛ لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد كالمغصوب حتى يجب رده بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ولو كان الدراهم مغصوبة، فتصرف فيها، وربح كانت المسألة على الخلاف، كذا ههنا.

وذكر الفقيه أبو إسحاق الحافظ: أنه لا يتصدق؛ لأن الدراهم ههنا صارت مملوكة، ولكن بعقد فاسد، والدراهم متى صارت مملوكة، وتصرف فيها المالك، وربح يطيب له الربح عند الكل، سواء ملكت بعقد صحيح، أو بعقد فاسد، نص عليه محمد في مضاربة الأصل، وفي "الجامع الكبير". وإنما الخلاف في الدراهم المغصوبة إذا تصرف فيها، وربح، وفي المبيع بيعاً فاسداً، إذا تصرف فيه، وربح، ولو سمى نصفها بضاعة، ونصفها مضاربة بالنصف جاز، فإن هلك المال قبل العمل، أو بعده هلك على رب المال، وإن ربح، فلرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب ربع الربح.

١٨١٢٥ - ولو سمى نصفها وديعة، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز، فإن قسم المضارب رب المال نصفين، فعمل بأحد النصفين على المضاربة، ووضع،

فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان؛ لأن قسمة المضارب لا تصح؛ لأن القسمة لا تقوم بالواحد، فإذا اشترى شيئًا بنصف الدراهم للمضاربة، ونقد الدراهم، فقد نقد نصف الثمن من مال الوديعة، ونصفه من مال المضاربة؛ لأن ما من جزء من أجزاء المال إلا ونصفه وديعة، ونصفه مضاربة، وإنما أمر هو بالشراء بمال المضاربة، لا بالوديعة، فصار ضامنًا حصة الوديعة، لا حصة المضاربة، وكانت الوضيعة عليهما من هذا الوجه، وإن ربح، فالربح بينهما نصفان، إلا أن ما كان من حصة الوديعة تصدق به المضارب في قول أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف.

وما يتصل بهذا الفصل:

١٨١٢٦ - باع نصف متاعه من غيره، وأمره بأن يبيع الباقي، ويعمل بالثمن كله مضاربة، إذا جاء إلى رجل بجراب هروي، فباع نصف الجراب منه بخمسمائة، وأشهد عليه بذلك، ثم أمره أن يبيع النصف الباقي، ويقبض الثمن، ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله من شيء، فهو بينهما، فنقد المضارب الخمسمائة التي كانت عليه لرب المال، وأخذ الخمسمائة التي على الأجنبي منه، وعمل بهما جميعًا، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

١٨١٢٧ - الأول: إذا شرط صاحب الجراب أن الربح بينهما نصفان، وفي هذا الوجه الربح بينهما نصفان، والوضيعة كذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب الربع، والوضيعة كلها على رب المال.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن المضاربة في نصف ثمن الجراب الذي كان دينًا لرب المال لم ينعقد لا جائزًا، ولا فاسدًا، أما جائزًا فلأن من جملة شرائط جواز المضاربة أن لا يكون رأس المال دينًا على المضارب، وأما فاسدًا؛ فلأن المضاربة الفاسدة مبنية على التوكيل، ومن مذهبه أن صاحب الدين إذا وكل المديون بأن يشتري له شيئًا بما عليه من الدين، ولم يعين من يشتري منه، فإنه لا يصح التوكيل، وإن سمى جنسه، وإذا اشترى المديون يكون مشتريًا لنفسه، وانعقدت المضاربة في الخمسمائة التي قبضها من

الأجنبي بصفة الجواز، وإنه ظاهر، وإذا لم تصح المضاربة في الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي، وقد شرط رب المال للمضارب نصف الربح، صار كأن رب المال قال للمضارب: اعمل في خمسمائة لي مالك؛ ليكون ما ربحت كله لك، ووضيعته عليك، وكان هذا مشورة منه في ماله، وإنه لا بأس به؛ واعمل في مالي كله، فيكون هذا استعانة منه، ولا بأس بالاستعانة، فقد أشار إليه في ماله بشيء، ودفع ماله إليه بضاعة، فإن ربح يكون بينهما نصفين، وإن وضع، فالوضيعة عليهما نصفان؛ لأن النصف مال المضارب، والنصف مال رب المال.

وجه قولهما: إن المضاربة في الخمسمائة التي كانت على المضارب إن لم تنعقد جائزة انعقدت فاسدة؛ لأن التوكيل بالشراء بما على المديون من الدين جائز عندهما، وإن لم يعين من يشتري منه، وفي الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي فالمضاربة جائزة، وإذا صحت المضاربة في إحدى الخمسمائتين وفسدت في الأخرى، وقد شرط للمضارب نصف الربح لعمله في المالين جميعًا يكون نصف النصف مشروطًا لعمله في إحدى الخمسمائتين، ونصف النصف مشروطًا لعمله في الخمسمائة الأخرى، إلا أن نصف النصف الذي شرط لعمله فيما فسدت فيه المضاربة عندهما لم يثبت، ويثبت نصف النصف مشروطًا لعمله في الخمسمائة التي صحت المضاربة فيها، وهي الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي، وكان له ربع ربح جميع المال؛ لأن نصف النصف ربع الكل، وكان للمضارب ربع الربح، ولرب المال ثلاثة أرباعه عندهما.

وهل يستحق على رب المال أجر المثل في الخمسمائة التي فسدت المضاربة فيها؟ فهذا على وجهين: إما إن خلط إحدى الخمسمائتين بالأخرى، ثم تصرف وربح، أو لم يخلط وتصرف في كل واحد منهما قبل الخلط، وربح. فإن خلط إحداهما بالأخرى، ثم ربح، فليس له أجر مثل عمله؛ لأنه صار عاملاً في شيء هو فيه شريك لا يستوجب أجرًا، وإن لم يخلط إحدى الخمسمائتين بالأخرى، وربح على كل واحد من المالين، فله أجر مثل عمله في الخمسمائة التي فسدت المضاربة فيها. هذا إذا شرط أن يكون الربح بينهما نصفين.

١٨٠٢٨ - الوجه الثاني: إذا شرطا أن يكون للمضارب ثلث ربح المالين، ولرب

الوجه على قول أبي حنيفة رحمه الله: الربح بين رب المال والمضارب نصفان، وكذا الوضيعة بينهما نصفان، وعلى قولهما: لرب المال خمسة أسداس الربح، وللمضارب السدس.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن المضاربة قد انعقدت في إحدى النصفين بوصف الصحة، ولم تنعقد في النصف الآخر، فإذا شرط رب المال لنفسه ثلثي الربح، صار رب المال كالقائل له: اعمل في مالي، فيكون ربحه كله لي، وإنه استعانة بينهما، اعمل في مالك ليكون ثلث ربح مالك لي، ولم يصح هذا الشرط على المضارب، لأنه ليس لرب المال في ذلك عمل، ولا رأس مال، ولا بد في استحقاق الربح من أحد هذين، وإن وضع، فالوضيعة عليهما نصفان.

وجه قولهما: إن المضاربة في إحدى الخمسمائتين انعقدت فاسدة، وفي الخمسمائة الأخرى انعقدت جائزة، وقد شرط للمضارب ثلث الربح بإزاء عمله في المالين، فيكون نصفه مشروطًا له بإزاء عمله فيما فسدت المضاربة فيه، فلم يصح الشرط، ونصفه مشروطًا بإزاء عمله فيما يجب المضاربة فيه، فيصح الشرط، وإذا بقي في المشروط نصفه، والمشروط الثلث كان الباقي نصف الثلث، ونصف الثلث السدس، وكان للمضارب سدس الربح، ولرب المال خمسة أسداس الربح، وهل له أجر مثل عمله في الخمسمائة التي فسدت المضاربة فيها؟ فالجواب على التفصيل الذي ذكرنا.

الفصل الثامن

في بيان ما يملك المضارب على رب المال في التصرفات وما لا يملك

١٨١٣٠ - ربما وقع من المضاربة بالاختصار، ولم يزد على هذا، فهو مضاربة مطلقة، وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات، وله أن يعمل ما هو من عادات التجار كالإبضاع والإيداع واستئجار الأجير للعمل في المال، واستئجار البيوت لحفظ الأموال، واستئجار السفن والدواب للحمل، هذا هو لفظ القدوري.

يجب أن يعلم بأن المضارب يملك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه، أو ما هو من صنع التجار، بأن لم يكن للتحرز منه بد، أما ما ليس بتجارة من كل وجه، وهو تجارة من وجه دون وجه، وليس ذلك من صنيع التجار، فلا يملكه المضارب على رب المال.

وعلى هذا قلنا: المضارب لا يملك تزويج غلام المضاربة؛ لأنه ليس بتجارة مبادلة المال بالمال، بل هو مبادلة ما ليس بمال بمال.

وليس من صنيع التجارة؛ لأنهم لا يزوجون الغلام لما فيه من استهلاك رقبة العبد بالمهر والنفقة، وأما تزويج الأمة: فقد ذكر في مضاربة «الأصل» برواية أبي حفص: أنه ليس له ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله في «الأصل».

وذكر القدوري: أن المضارب يملك تزويج الأمة عند أبي يوسف رحمه الله، وله أن يبيع بالنقد والنسيئة، وأن يوكل بذلك، وكل ما كان للمضارب أن يفعله، فله أن يوكل به، وله أن يرهن من مال المضاربة دينا عليه في المضاربة، وكذلك(١) له أن يرتهن بذلك؛ لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء، وله الإيفاء والاستيفاء، وله أن يحتال

---

(١) وفي الأصل: «كذلك».

بالثمن على من هو أيسر وأعسر، ويجوز ذلك على رب المال، ولا يضمن رب المال شيئًا؛ لأن قبول الحوالة من صنيع التجار، بخلاف الوكيل الخاص بالبيع، إذا احتال بالثمن على غير المشتري حيث لا يصح عند أبي يوسف رحمه الله كيف ما كان، وعندهما: يصح كيف ما كان، إلا أنه يضمن الثمن للآمر، وله أن يستأجر أرضًا بيضاء، ويشتري ببعض المال طعامًا، فيزرعه، وكذلك إذا تقبلها ليغرس فيها نخلًا أو شجرًا؛ لأن الاستئجار من التجارة، وهو من عادات التجار.

١٨١٣١- ولو أخذ المضارب نخلًا أو شجرًا معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال، وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأنه عقد على منافع نفسه، وإنها غير داخلة تحت العقد، وما شرط من الإنفاق، فذلك تابع للعمل كالخيط في الخياطة، والصبغ في الصباغة.

وقوله: اعمل برأيك يفيد تعميم التفويض في التصرف في المال، ومنافع المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال.

ولو أخذ الأرض مزارعة، واشترى طعامًا ببعض مال المضاربة فزرعه، فإنه يجوز، إن كان قال له المضارب: اعمل برأيك، وإلا فلا؛ لأنه يثبت حقًا لرب الأرض(١) في مال المضاربة، وهو مال رب المال، والمضارب لا يملك الاشتراك، وإن كان البذر والبقر من قبل رب الأرض، والعمل على المضارب، فما حصل للمضارب يكون له خاصة؛ لأنه بدل منافعه، ولا يستحقه رب المال.

وكذلك إن كان البقر من قبله؛ لأنه آلة العمل والعقد على المنفعة، ولو دفع أرضًا بعينه بذر مزارعة، جاز، سواء قال له رب المال: اعمل برأيك، أو لم يقل؛ لأنه مؤجر لأرضه، والإجارة داخلة تحت المضاربة.

١٨١٣٢- ولو استدان المضارب لم يجز على رب المال؛ لأن العقد انعقد على مال مقدر، ومتى نفذت الاستدانة عليه، ازداد المحل على ما يتناوله العقد، وإنه لا يجوز، فإن رهن به من متاع المضاربة شيئًا يضمنه؛ لأن الدين لزمه خاصة، فإذا رهن به شيئًا من مال المضاربة دينًا، لزمه خاصة، فيصير ضامنًا له، ولو كان رب المال أذن له في

---

(١) وفي الأصل: رب المال.

الاستدانة ، كان الدين عليهما نصفين .

ولو رهن به ، وقيمته والدين سواء ، فهلك ، كان على المضارب نصف قيمته ؛ لأن الإذن بالاستدانة عقد آخر ، وهو شركة الوجوه ، ولا يكون ذلك من مال المضاربة ؛ لأنها لاتصحّ إلا في مال عين ، وهذا شركة وجوه مضمومة إلى المضاربة ، فلا يتغيّر بها موجب المضاربة ، وكان الربح الحاصل عن مال المضاربة على ما شرطا ، فأما ما حصل بالاستدانة إن كان مطلقًا ، اقتضى التساوي ، سواء كان الربح في المضاربة نصفين ، أو أثلاثًا ؛ لأنه لا تعلق لأحدهما بالآخر ، ولا يتفاضلان في الربح الحاصل بعقد الشركة إلا أن يتفاضلا في الضمان على ما عرف في كتاب الشركة .

وإذا ثبت هذا كان الدين عليهما من غير مضاربة ، فلا يملك أن يرهن به مال المضاربة إلا بإذن رب المال ، وإذا أذن له ، فقد أعاره[1] نصف الرهن ليرهنه بدين عليه ، فيكون مضمونًا عليه .

وليس للمضارب أن يرهن بعد نهي رب المال إياه عن العمل في المضاربة ، أو بعد موته ؛ لأن ما يتضمنه المضاربة في الوكالة تبطل بالموت إلا أن يتصرف تصرفًا يؤدي إلى أن ينض[2] رأس المال ؛ لأن رب المال لا يملك عزله عن ذلك ؛ لأن حقه قد تعلق به ؛ لأن الربح لا يظهر إلا بعد أن ينض[3] رأس المال ، والشراء والرهن لا يؤديان إلى أن ينض[4] بهما رأس المال ، فلا يملك الشراء والرهن بعد ذلك .

١٨١٢٣ - وإن باع شيئًا من مال المضاربة ، وأخر الثمن ، جاز على رب المال ، ولا يضمن المضارب شيئًا ؛ لأن تأخير الثمن إن لم يكن تجارة ، فإنه من صنع التجار ، والمضارب يملك التجارة مرة بعد أخرى ، فيملك ما كان من صنع التجار فيه ، وهذا بلا خلاف ، والمضارب يخالف الوكيل الخاصّ في هذا ؛ لأن الوكيل الخاصّ بعد ما باع مرة أخرى ، فلا يملك ما كان من صنع التجار فيه أيضًا ، فلم يصح التأخير عند أبي يوسف ،

---

(١) هكذا في "ظ" و "ف" ، وكان في الأصل و "م" : أجاز .

(٢) هكذا في "ظ" و "ف" و "م" ، وكان في الأصل : ينقض .

(٣) هكذا في "ظ" و "ف" و "م" ، وكان في الأصل : ينقض .

(٤) هكذا في "ظ" و "ف" و "م" ، وكان في الأصل : ينقض .

وعندهما: صحّ بشرط الضمان. ومعنى آخر في الفرق أن المضارب يملك أن يقايل البيع، ويبيع بالنسيئة ابتداءً، فلا يفيد إبطاله تأخيره، والوكيل الخاص لا يملك ذلك، فيفيد إبطال تأخيره عند أبي يوسف رحمه الله.

ولو لم يؤخره، ولكن حطّ بعض الثمن، فإن كان ذلك بعيب، طعن فيه المشتري، فإن كان حصة العيب من الثمن مثل ما حطّ، أو أكثر بحيث يتغابن في مثله جاز، إلا أن هذا الجواز؛ لأنه بدل بعض الثمن بإزاء الجزء الفائت الذي استحق عليه، فسلمه بحكم البيع، وإن كان ما حطّ أكثر من حصة العيب، بحيث لا يتغابن الناس فيه يصحّ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد، ويضمن ذلك من ماله لرب المال، ويكون رأس المال من ذلك ما بقي على المشتري، وما حطّ المضارب لم يبق رأس المال؛ لأنه صار ضامناً لرب المال على المضارب، والدين لا يصلح رأس مال مضاربة، وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يصحّ الحطّ، ويكون جميع الثمن على المشتري على حاله، ويكون جميع ذلك رأس مال المضاربة.

١٨٦٣٤- وليس للمضارب أن يطأ جارية من جواري المضاربة، سواء كان فيها فضل على رأس المال، أو لم يكن، وكذلك ليس له أن يقبّلها أو يمسّها بشهوة، أما إذا كان في الجارية فضل على رأس المال، فلأن هذه الجارية مشتركة بين رب المال والمضارب؛ ولا يحل لأحد الشريكين وطء الجارية المشتركة ودواعيه، وأما إذا لم يكن فيها فضل على رأس المال، فلأن جميعها ملك رب المال، لا شركة للمضارب فيها، وإنما له فيها حق، وإنه لا يحل الوطء والدواعي، ألا ترى أن المرتهن لا يحل له وطء المرهونة، ولا شيء من دواعيه، وإنما لا يحل لما قلنا.

وإن أذن له رب المال في وطئها، فكذلك لا يحل له وطؤها؛ لأنه لا ملك للمضارب في الجارية لا ملك يمين، ولا ملك نكاح، وبمجرد إذن المالك من غير ملك في المحل لا يحل الوطء، ولا دواعيه، وأن يزوج المضارب جارية من المضاربة بتزويج رب المال إياها منه، فإن كان في الجارية فضل على رأس المال لا يجوز النكاح، وإنه ظاهر؛ لأن للمضارب فيها شركة، والشركة وإن قلّت، منعت جواز النكاح، وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال، ذكر أن النكاح جائز، وخرجت الجارية عن المضاربة

حتى لو باعها المضارب بعد ذلك ، لا يجوز بيعه .

وهذا الجواب لا يشكل على رواية المضاربة الصغير ؛ لأن على روايتها ليس للمضارب في الجارية حقيقة ملك ، ولا حق ملك على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله - فيجوز النكاح ، لكن كما لو زوجها من أجنبي ، وخرجت الجارية عن المضاربة على هذه الرواية بمقتضى[1] جواز النكاح ، ولأن العرف أن الزوجة تحصن عن الخروج والبروز ، ولا تعرض على البيع ، وإذا كان العرف هذا ، فقد أجمع المضارب ورب المال على أن النكاح من المضارب يثبت فسخ المضاربة منهما بحكم العرف .

ونظير هذا ما قالوا : فيمن استولد أمته المأذونة ، تحجر استحسانا بحكم العرف ، إن أم الولد تحصن ، وتمنع من الخروج ، فيثبت الحجر قضية للعرف ، كذا هذا .

أما على رواية المضاربة الكبيرة : فهذا الجواب مشكل ؛ لأن على روايتها للمضارب في الجارية حق الملك على ما تبين بعد هذا - إن شاء الله - وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ومع هذا جوز هنا النكاح في ذلك أنهما قصدا صحة هذا النكاح ، ولا صحة له إلا بعد إبطال حق المضارب من الحق فيها ، ولا يبطل حق المضارب عنها إلا بعد انفساخ المضاربة فيها ، فتضمن إقدامها على النكاح انفساخ المضاربة فيه مقتضى جواز النكاح سابقا عليه بطريق جواز النكاح على هذه الرواية انفسخ المضاربة اقتضاء ، لا انفساخها بحكم العرف ، ألا ترى أن رب المال لو زوج الجارية من المضارب ، وقال وقت التزويج : على أن يبقى الجارية على المضاربة ، لا تبقى الجارية على المضاربة ، ولو كان انفساخ المضاربة للعرف بقيت على المضاربة ، إذ لا عبرة للعرف من جاء النص بخلافه ، ألا ترى أنه لو استولد المأذونة على أن يبقى مأذونة كما كانت لا تحجر .

فإن قيل على قول هذه الرواية : يجب أن لا يجوز النكاح متى زوجها رب المال من المضارب على أن يبقى على المضاربة ؛ لأنه فساد النكاح ، قلنا : لا يثبت جواز النكاح إذا صرحا بما يوجب الفساد ، كما لو قال لغيره : أعتق عبدك عني على أن لا أملكه .

فإن قيل : ما ذكرتم يشكل بما إذا تزوج رجل جارية نفسه لا يجوز ، ولا يثبت عتقها مقتضى جواز النكاح ، وكذلك إذا تزوج أمة من اكتساب مكاتبه ، لا يجوز النكاح ، ولا

(1) هكذا في ط ، وكان في الأصل " لا يقتضي " وفي ف و م " لا يقتضي "

يثبت انفساخ الكتابة ، وعتق الجارية مقتضى جواز نكاحها

قلنا : ما يثبت مقتضى المنصوص عليه تصحيحًا له ، فإنما يثبت إذا كان دون المنصوص عليه ؛ لأن المقتضى تابع للمنصوص عليه ؛ لأنه غير مذكور ، وإنما يجعل مذكورًا تصحيحًا للمذكور ، فيكون تابعًا للمذكور ، وإنما يثبت إذا كان دون المذكور ، فأما إذا كان فوقه فلا ، وإن كان فيه تصحيح المذكور ، ألا ترى أن البائع إذا آجر ما باعه من المشتري قبل القبض لا يجوز ، ولا ينفسخ البيع ، وإن كان من شرط جواز هذه الإجارة انفساخ البيع ؛ لأن البيع فوق الإجارة ؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة ، والبيع تمليك العين والمنفعة جميعًا ، فكان فوق المنصوص عليه ، فلم يثبت مقتضى المنصوص عليه تصحيحًا له .

١٨٦٣٥ - إذا ثبت هذا ، فنقول : إذا تزوج بجارية نفسه لو اختار العتق مقتضى النكاح تصحيحًا له ، فقد أثبتنا ما هو فوق المنصوص عليه تصحيحًا للمنصوص عليه ؛ لأن العتق أقوى من النكاح ، فإن العتق لإيجاب الملك في الرقبة والمنفعة للمعتق ، والنكاح لإيجاب الملك في المنفعة ، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والرفع والنكاح يحتملهما .

أما في مسألة المضاربة : فلو ثبت انفساخ المضاربة وبطلان ما للمضارب في الجارية من حق مقتضى تصحيح النكاح ، فقد أثبتنا ما هو دون المنصوص عليه ؛ لأن المنصوص عليه ، وهو النكاح يفيد حقيقة الملك في بضعها ، والذي للمضارب مجرد حق الملك والحق دون الحقيقة ، وإذا تزوج بجارية مكاتبه ، قلنا : إنما لا يثبت انفساخ الكتابة مقتضى الإقدام على النكاح ؛ لأن انفساخ الكتابة في هذه الجارية وحدها متعذر ، كما لو نصًا عليه ، فقالا : فسخنا الكتابة في هذه الجارية فإن الشرع لم يرد بثبوت حكم الكتابة في بعض الأكساب ، وفي بعض التصرفات دون البعض ، ومتى فسخنا الكتابة في الكل ، فقد أثبت لصحة المنصوص عليه ما هو فوق المنصوص عليه ؛ لأنه يبطل ما للمكاتب في هذه الجارية ، وفي غيرها من الأكساب ، ويبطل ما ثبت له من حرية اليد والأولاد ، وهذا هو التخريج فيما إذا تزوج المكاتب بجارية من إكسابه ، حيث لا يجوز ، ولا تنفسخ الكتابة مقتضى الإقدام على النكاح تصحيحًا له .

أما في مسألة المضاربة: فإنما تنفسخ المضاربة في هذه الجارية، وفسخ المضاربة في هذه الجارية دون غيرها جائز، ألا ترى أن ابتداء المضاربة على ما عدا هذه الجارية جائزة، وإذا أثبتنا فسخ المضاربة في هذه الجارية لا غير، فقد أثبتنا لصحة المذكور، وهو دون النكاح(١)؛ لأن النكاح يفيد حقيقة الملك في نصيبها، ولم يكن للمضارب في بعضها حقيقة الملك، فهذا هو الفرق بين هذه المسائل.

قال: وتخرج الجارية عن المضاربة، ويحتسب في ذلك على رب المال من رأس ماله؛ لأنه أخرج هذا القدر عن المضاربة، فصار في معنى المسترد له، وليس له أن يشارك به؛ لأن رب المال رضي بمشاركته، أما ما رضي بمشاركة غيره، فإن كان قال له: اعمل برأيك، فله أن يشارك به؛ لأنه عمّم له التصرف، فصار راضياً بشركة غيره، وكذا ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، أو بمال غيره، إلا أن يقول له رب المال: اعمل فيه برأيك.

١٨١٣٦ – وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة، ولم يقل له: اعمل برأيك إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون، وأرباب الأموال لا ينهونهم عن ذلك، فعمل في ذلك على معاملات الناس إن غلب التعارف بينهم في مثله، هذا رجوت أن لا يضمن، ويكون الأمر في ذلك محمولاً على ما تعارفوه. وللمضارب أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في المشهور من الرواية؛ لأنه من عادة التجار.

وعن محمد رحمه الله: أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد؛ لأن إذن التجارة مثل المضاربة، فلا يملك بمقتضاها، وله أن يبيع عبد المضاربة إذا لحقه دين، سواء كان المولى حاضراً أو غائباً؛ لأن ولاية التصرف له، فلا يعتبر حضور رب المال، وله أن يسافر بالمال في قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، هو الصحيح من مذهبهما.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه ليس له أن يسافر به، وهو قول أبي يوسف، وروي عنه: أنه فرق بينما له حمل ومؤنة، وبينما لا حمل له، فجوز المسافرة بما لا حمل له ولا مؤنة.

---

(١) وفي «ظ»: وهو والنكاح ... وهو دون النكاح.

ويروى عنه رواية أخرى: أنه إذا كان يرجع إلى منزله في يومه ذلك، فله أن يسافر به، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر، ولا ما لا يعمل به التجار، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل في البحر المخوف الذي يتحاماه التجار؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى المتعارف والمعتاد.

١٨٦٣٧ - ولو دفع إلى رجلين مالا مضاربة، وقال لهما: اعملا فيه برأيكما، أو لم يقل ذلك، فليس لأحدهما أن يبيع، أو يشتري بغير إذن صاحبه، فإن أذن له الشريك جاز.

١٨٦٣٨ - ولو اشترى المضارب بمال المضاربة خمرًا، أو خنزيرًا، أو ميتة، أو دمًا، وهو يعلم أو لا يعلم، فهو ضامن للدراهم التي دفع، ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملك إذا قبض، فليس بمخالف، وما اشترى، فهو على المضاربة؛ لأن الأمر بالتصرف عامٌ، فيدخل فيه الصحيح والفاسد.

ولو اشترى شيئًا بما لا يتغابن الناس في مثله، فهو مخالف سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، ولو باع بما لا يتغابن الناس في مثله، فإنه جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يجوز، وليس له أن يقرض؛ لأنه تبرع، ولا يأخذ سفتجة؛ لأنه استدانة، ولا يعطي سفتجة إلا إذا نصّ على ذلك؛ لأنه إقراض.

ومما يتصل بهذا الفصل: إذا اشترى المضارب برأس المال، ثم أنفق في الكراء أو في الصبغ ونحوها من عنده.

١٨٦٣٩ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها متاعًا، وحمله بمائة درهم من عنده أو قصره، فهو متطوّع فيما صنع سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، وإن صبغه أحمر، فهو شريك بما زاد الصبغ، ولا يضمن الثياب إن كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وإن لم يقل: ضمن.

والأصل أن ما كان من عمل التجارة، وتوابعها يملك المضارب بمطلق المضاربة، ولا يشترط فيه أن يقول له رب المال: اعمل فيه برأيك، وذلك نحو الإبضاع والإيداع ونحوهما على ما بينا في صدر الفصل، وما لا يكون من أعمال التجارة، ويلحق رب المال بذلك دين لا يملكه المضارب إلا بالتنصيص عليه من جهة رب المال، سواء قال:

زيادة فيه.

وفي "القدوري": ولو صبغها سوداً من ماله، ونقصها فلا ضمان عليه، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك ولم يقل، قال: لأن هذا مستفاد بالعقد، ألا ترى أنه لو كان في يده فقبل، فصبغ الثياب سوداً ونقصها لم يضمن، فكذا إذا صبغها بمال نفسه، وإن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران، أو صبغ آخر يزيد في الثوب، فإن كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، فإنه لا يضمن، وإن لم يقل له: ذلك ضمن؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة؛ لأن الصبغ عين مال قائم يرى ويشاهد.

ألا ترى أن الغاصب لو صبغ الثوب أحمر وأصفر، فأراد رب الثوب أن يأخذه، ولا يعطي الغاصب قيمة ما زاد الصبغ فيه، لم يكن له ذلك؛ لأن للغاصب عين مال قائم متصل بالثوب، فهذا معنى قولنا: خلط ماله بمال المضاربة، وهناك الجواب على التفصيل، وإن كان قال رب المال له في المضاربة: اعمل فيه برأيك، فلا ضمان فيه، وإن لم يقل رب المال: ذلك، فهو ضامن، وإذا ضمن المضارب متى لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، كان رب المال بالخيار؛ لأن المضارب صبغ ثيابه بغير إذنه؛ فكان هو بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا صبغ المغصوب أحمر أو أصفر كان رب الثوب بالخيار، كذا هنا، فإن شاء رب المال ضمن المضارب قيمة ثيابه بيضاً يوم صبغها، وإن شاء أخذ الثياب، وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيها يوم الخصومة، لا يوم اتصل بثوبه، كما في الغاصب، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة، فضل، وأما إذا كان فيه فضل، فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه؛ لأنه بهذا القدر صبغ ملك نفسه، فإن لم يفعل[1] رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه، وبرئ من الضمان، ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع؛ لأن مال المضاربة عروض، ونهي رب المال المضارب عن البيع لا يعمل متى كان مال المضاربة عروضاً.

١٨٤٤١ - ويجوز بيع المضارب، وإن صار ضامناً مال المضاربة بالخلط؛ لأن كونه ضامناً لا يمنع ابتداء الأمر بالبيع، فلا يمنع البقاء من طريق الأولى، وبيان ذلك أن المغصوب منه إذا قال للغاصب: بع المغصوب صح الأمر، ويبقى الغاصب ضامناً

(١) وفي الأصل: يقل.

للمغصوب ما لم يبعه، وإذا باعه برئ من الضمان؛ لأن البيع إذا كان بإذن المالك يصير الثمن مملوكًا للمالك، فلا يجوز أن تبقى العين مضمونًا، فيستحق بدلين بإزاء مال واحد. وإذا[1] كان كونه مخالفًا وضامنًا لا يمتنع ابتداء الأمر، فلا يمتنع البقاء من طريق الأولى، فأما إذا باع، فقد باع، والأمر بالبيع على المضاربة، ويبرأ عن الضمان على ما بينا.

١٨١٤٢ - وإذا جاز بيعه بنظر بعد ذلك إن باعها مساومة، يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة، وعلى قيمتها مصبوغة، فتفاوت ما بينهما تكون قيمة الصبغ حتى إنه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفًا، وقيمتها مصبوغة ألفًا ومائتين، وبيعت بألف ومائتين، فالألف للمضاربة، والمائتان للمضارب بدل صبغه، وإن باعها مرابحة، فإن هذا الثمن يقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب، وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به، وهذا لما عرف أن الثمن في بيع المساومة يلاقي الملك لا الثمن الأول، والثمن في بيع المرابحة يلاقي الثمن الأول، فمتى باع المضارب الثياب مساومة، فقد باع مال المضاربة ومال نفسه، وانقسم الثمن على قدر قيمته ما كان المضاربة والمضارب، ومتى باعها مرابحة انقسم أن الثمن على قدر ما قام على المضاربة، وعلى المضارب في العقد الأول لا على قدر قيمة ملكهما، وقد قامت الثياب على المضاربة بالثمن، وقامت على المضارب بأجر الصباغ، فيقسم الثمن على ذلك حتى إذا كان ثمن الثياب ألفًا، وأجر الصباغ مائة، وقد باعها مرابحة بما قامت عليه، وبربح ده يازده على ذلك كله كان ألف وحصتها من الربح، وهي مائة درهم للمضاربة ومائة الدرهم التي هي حصة أجر الصباغ، وحصتها من الربح، وتلك عشرة للمضارب.

١٨١٤٣ - وفي "المنتقى": رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاكترى سفينة بمائة درهم، والمال عنده على حاله، ثم اشترى بالألف كله طعامًا، وحمله في السفينة، فهو متطوع في الكراء، ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعامًا، وبقيت في يده مائة، فأداها في الكراء، لم يكن متطوعًا، وباعه مرابحة على الكراء، وكذلك لو نقد

---

(١) وفي الأصل: وإنما.

بالكوفة .

والأصل في معرفة الشرط من المشورة أن يقول رب المال : إذا ذكر عقيب لفظة المضاربة لفظًا لو اعتبر ابتداء لا يستقيم الابتداء به ، ومتى اعتبر متعلقًا بما تقدمه يستقيم ، فإنه يعتبر متعلقًا بما تقدم ، ولا يعتبر ابتداء كي لا يلغو ، وإذا ذكر كلامًا يستقيم الابتداء به لا يعتبر متعلقًا بما قبله ، ويصير كلامًا مبتدأ ، قلنا : فالألفاظ الستة مما لا يصح الابتداء بها لا يستقيم الابتداء بقوله : على أن يعمل بالكوفة ، وكذلك في أخواتها .

ألا ترى أن بعد ما دفع المال مضاربة لو سكت زمانًا ، ثم قال : على أن يعمل بالكوفة ، فإنه لا يصح ، ولا يستقيم ، فاعتبرت متعلقة بما قبلها ، فصارت بمعنى الشرط ، وقوله : واعمل بها بالكوفة -بالواو- اعمل بها بالكوفة -بغير واو- مما يستقيم الابتداء به .

ألا ترى أنه لو قال بعد ما عقد عقد المضاربة : اعمل بها بالكوفة على سبيل الابتداء يصحّ ، وكذلك إذا قال : واعمل بها بالكوفة بعد ما عقدا عقد المضاربة على سبيل الابتداء ، يصحّ لما عرف أن الواو مما يجوز الابتداء به ، فاعتبر كلامًا مفيدًا غير متعلق بما قبله ، فبقيت المضاربة مطلقة عن الشرط ، فكان هذا من رب المال مشورة ، أشار على المضارب كأنه قال : إن فعلت كذا ، فهو أحسن وأنفع .

ثم في كل موضع لم يكن له أن يخرج بالمال من الكوفة ، لم يكن له أن يدفع المال بضاعة إلى من يخرج به عن الكوفة ، وإذا خرج بالمال من الكوفة في موضع ، لم يكن له أن يخرج به ، فلم يشتريه ، ولم يبع حتى ردّه إلى الكوفة ، برئ من الضمان ، وعاد المال مضاربة على حاله ، حتى لو اشترى بعد ذلك بالمال ، وباع جاز ذلك على المضاربة ؛ لأنه أمين خالف من حيث الفعل ، ثم عاد إلى الوفاق ، وإن اشترى به خارج الكوفة ، وباع وربح ، أو وضع ، فالربح له ، والوضيعة عليه ؛ لأنه صار مخالفًا غاصبًا متصرفًا بغير أمر المالك ، فيكون الربح له ، والوضيعة عليه .

قال في "الأصل" في هذه المسألة : ويتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فأما عند أبي يوسف رحمه الله : فيجب أن لا يتصدق ، وأصله المودع إذا تصرّف في الوديعة وربح ، وكان ينبغي أن لا يتصدق بالربح عندهم ؛ لأن رأس مال

المضاربة الجائزة تكون دراهم، أو دنانير، فإنما يشتري المضارب بها عرضًا، فيكون بدل الدراهم العرض، وقد ضمن لرب المال دراهم أو دنانير، والربح لا يتحقق بين العرض والدراهم، فكان يجب أن لا يتصدق بالفضل في قولهم جميعًا، هذا كما قال محمد رحمه الله فيمن دفع عبده إلى آخر، وقال بعه: واعمل بثمنه مضاربة بالنصف، فباع العبد بالعرض، ثم ضمن لرب المال قيمة عبده ذكر أنه لا يتصدق بالفضل، ولم يحك خلافًا؛ لأنه ضمن قيمة العبد لرب المال، وبدل العبد لرب المال قبل أن يبيع المضارب العرض بالدراهم، ثم باعه بالدراهم. فلا يتصدق بالفضل لأنه قبل بيع العرض لم يظهر الربح؛ لأن الجنس كان مختلفًا، وحين باع العرض بالدراهم، وظهر الربح كان بائعًا عرضًا هو ملكه من كل وجه، وإنه في ضمانه، فحل له الربح.

وتأويل ما ذكر ههنا: أنه باع العرض الذي اشترى برأس مال المضاربة بدراهم، وظهر الربح، ثم ضمن بعد بيع العرض، فيتصدق بالفضل عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأن بيع العرض بالدراهم حصل، والعرض ملك له من وجه دون وجه، لما عرف أن الملك في المضمون يستند إلى وقت سبب الضمان من وجه، ولا يستند من وجه، فلا يطيب له الربح، فهذا تأويل ما ذكره محمد في المسألتين جميعًا.

قال: وإن كان اشترى بنصف المال شيئًا خارج الكوفة، وبالنصف الآخر بعد ما رجع إلى الكوفة، فما اشتراه خارج الكوفة ضمنه، والمشتري للمضارب له ربحه، وعليه وضيعته، وما رجع به إلى الكوفة، يعود إلى المضاربة اعتبارًا للبعض بالكل.

١٨١٤٥ - وفي «القدوري»: إذا دفع إليه ألف درهم، وقال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف على أن يشتري بها الطعام، فهذا على الحنطة ودقيقها، ويعتبر قوله على أن يشتري بها الطعام، حتى لو اشترى بها غيرهما يصير ضامنًا، وما ذكر أن هذا على الحنطة ودقيقها، فإنه على عرفهم، فإن لهم سوقًا يسمونها سوق الطعام تباع فيه الحنطة ودقيقها.

قال: وكذلك إذا قال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف، فاشتر بها الطعام، أو قال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف تشتري بها الطعام، أو قال: في الطعام، فهذا كله تفسير وتتقيد المضاربة بالطعام حتى لو اشترى بها غير الطعام يصير مخالفًا ضامنًا. قال:

وله أن يشتري بها الطعام في المصر وغيره، وأن يصنع في الطعام؛ لأن التخصيص إنما ثبت من وجه واحد، وهو المشترى، ففي غير ذلك من المكان وأشباهه يبقى على العموم.

١٨١٤٦ - ولو قال: خذ هذه الألف والمنزل بها الطعام، أو قال: اشتر بها الطعام، فله أن يشتري الطعام وغيره، وكان قوله: واشتر مشورة.

والحاصل: أن الجواب في تخصيص المشترى نظير الجواب في تخصيص المصر، فكل ما اعتبر شرطًا في تخصيص المصر يعتبر شرطًا في تخصيص المشتري، وكل ما اعتبر مشورة ثمة، يعتبر مشورة هنا.

١٨١٤٧ - ولو شرط عليه أن يعمل في سوق الكوفة، فعمل في الكوفة، ولكن في غير السوق جاز على المضاربة استحسانًا؛ لأن سوق الكوفة يذكر ويراد بها الكوفة كلها عرفًا، يقال: هذا الشيء يوجد في سوق الكوفة، ويراد به جميع الكوفة، فصار قوله عنى أن يعمل بها بالكوفة في سوقها، أو غير سوقها تقييدًا على المضاربة، كذا ههنا، ولا يلزم ما إذا قال له: لا تعمل إلا في سوق كوفة، فعمل في الكوفة في غير السوق، حيث لا ينفذ على المضاربة؛ لأنا إنما جعلنا ذكر سوق كوفة بمنزلة ذكر كوفة بالعرف، وقد نص بقوله لا تعمل إلا في سوق كوفة، أنه لم يرد بسوق كوفة جميع الكوفة، ولا عبرة للعرف متى وجد الصريح بخلافه، وإذا دفع إليه ألف درهم مضاربة في الرقيق، فليس أن يشتري بها غير الرقيق، وله أن يشتري الرقيق في المصر الذي دفع المال إليه فيه وفي غيره، وله أن يصنع في الرقيق أيضًا؛ لما ذكرنا في فصل الطعام، وله أن يستأجر ببعض المال دواب لحمل الرقيق[1].

١٨١٤٨ - وكذلك له أن يشتري ببعض المال طعامًا، أو كسوة للرقيق؛ لأنه لا بدّ للرقيق من طعام وكسوة، ومن دواب يحمل عليها، والأمر بالشيء أمر به، وبما لا بدّ لذلك الشيء منه، ولأن ما أنفق على الرقيق يلحق بثمن الرقيق، فإنه يضم ما أنفق على الرقيق إلى ثمنه، ويباع مرابحة على ذلك كله، ثم له أن يصرف مال المضاربة في ثمن الرقيق، فكذا فيما كان بمعنى ثمرة الرقيق.

---

(١) وفي الأصل: «ويكري دواب لحمل الرقيق».

١٨١٤٩ - ومن دفع إلى غيره مالاً مضاربة على أن يشتري من فلان، ويبيع منه على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فهو بينهما نصفان، فليس للمضارب أن يشتري من غير ذلك، ولا يبيع من غيره؛ لأن رب المال شرط عليه في المضاربة شرطاً مفيداً؛ لأن الربح كما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأسواق، يختلف باختلاف تغير حال البائع.

إذا كان سهلاً في البيع والشراء، كانت التجارة منه أربح مما إذا كان عاكساً مناقشاً، فكان ما شرطه شرطاً مفيداً من هذا الوجه، ولأن الناس يتفاوتون في الإيفاء والاستيفاء والأمانة، وفي الملاء وفي الإفلاس، فكان تقييد من يبايع معه شرطاً مفيداً، فيجب على المضارب مراعاة ذلك، كما في الوكيل المفرد، إلا أنه في الوكيل المفرد فرق بين البيع والشراء، فإنه إذا قال للوكيل المفرد: بع عبدي من فلان بألف درهم، فباعه من غيره لم يجز.

١٨١٥٠ - ولو قال له: اشتر لي عبد فلان، فاشتراه ممن باعه فلان منه، كان جائزاً، وسوى بين البيع والشراء في المضاربة، وإنما سوّى ههنا لأن المقصود من البيع والشراء في المضاربة تحصيل الربح، وربما يكون الشراء والبيع من فلان أربح من البيع والشراء من غيره لسهولته في المبايعة، وكان التعيين شرطاً مفيداً في البيع والشراء في المضاربة، فيجب مراعاته، وأما في الوكيل المفرد، فالتعيين في حق البيع شرط مفيد؛ لأن المقصود منه تحصيل الثمن لا غير، والناس يتفاوتون في الإيفاء أو الاستيفاء والملاءة والإفلاس، وكذلك ربما يكون بيعه من فلان خير من فعل العبد، وكان التعيين في حق البيع مفيداً، فيجب مراعاته: فأما التعيين في حق الشراء فلا يفيد؛ لأن المقصود منه تحصيل العبد لا غير، وتحصيل العبد من الذي عينه، ومن غيره بالثمن الذي سمّاه سواء، فالتعيين في حق الشراء لا يفيد، فلا يجب مراعاته.

فإن باع، واشترى من غيره صار مخالفاً وعاملاً بغير أمره، فيكون الربح له؛ قال: ويتصدّق بذلك أريد به على قول محمد، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فلا يتصدّق كالمودع، إذا تصرّف في الوديعة: ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها من أهل الكوفة، ويبيع، فاشترى بها بالكوفة من رجل ليس بكوفي كان

جائزة، ولا يصير مخالفًا بخلاف ما لو أمره أن يشتري من فلان بعينه، فاشترى من غيره حيث يصير مخالفًا.

١٨١٥١ - والفرق أن رب المال لما أمر المضارب بالمبايعة مع أهل الكوفة، فقد أمره بشيئين بالمبايعة مع الكوفي، وبالمبايعة في كوفة، وتعيين كوفة للمبايعة شرط مفيد يجب مراعاته، فأما تعيين جميع أهل كوفة بالمبايعة معهم شرط لا يفيد؛ لأنه لا يتصور أن يكون الشراء مع جميع أهل كوفة أربح من الشراء من غيرهم؛ لأن الشراء مع إنسان إنما يكون أربح لسهولته في مبايعته ومعاملته، وإنما يعرف سهولة الإنسان في معاملاته بالاختبار، ولا يمكنه اختبار جميع أهل الكوفة وغيرهم في معاملاتهم، حتى يعرف سهولتهم في المبايعة، وصعوبة غيرهم، فكان تعيين أهل الكوفة لتحصيل الربح بالمبايعة معهم دون غيرهم شرطًا لا يفيد، فلا يعتبر، فأما تعيين رجل يشتري منه مفيد؛ لأنه يمكن لرب المال اختبار المسمّى في معاملاته، فيقف رب المال على سهولته في المبايعة، وكان تعيين الواحد في الشراء شرطًا مفيدًا في المضاربة، فيجب على المضارب مراعاته.

١٨١٥٢ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن يشتري بالنقد، ويبيع به، فليس له أن يشتري، ويبيع إلا بالنقد، وهذا الجواب في البيع لا يشكل؛ لأن اشتراط النقد في البيع شرط مفيد؛ لأنه قصد بهذا الشرط صيانة ماله عن خطر التوى؛ لأنه متى باع بالنقد يأخذ الثمن أولاً، فيسلم المبيع، وإذا باع نسيئة يسلم المبيع أولاً، ويتأخر قبض الثمن إلى وقت حلول الأجل، وربما يتوى الثمن في ذمة المشتري بأن يفلس؛ وكان اشتراط النقد في حق البيع شرطًا مفيدًا شرط في المضاربة على المضارب؛ فيجب عليه مراعاته، فأما اشتراط النقد في الشراء لا يفيد؛ لأنه لا منفعة للآمر في هذا الشرط، متى اشترى بالنسيئة بمثل ما اشترى بالنقد بل له المنفعة في الشراء بالنسيئة؛ لأنه يحصل له المشترى، ولا يخرج الثمن عن ملكه، فيمكنه التقلّب والتصرّف في الثمن المشترى جميعًا فيربح، فدلّ أنه لا منفعة للآمر في هذا الشرط، فكان الشرط غير مفيد.

فمن مشايخنا من قال: إنما يصير مخالفًا إذا لم يشتر بالنسيئة بمثل ما يشتري بالنقد لما فيه من تقليل المشترى، فإن ما يباع بالنسيئة أقلّ مما يباع بالنقد، فأما إذا كان ما اشترى

بالنسيئة مثل ما اشترى بالنقد كان جائزاً، ومنهم من قال: لا يجوز في المأثور، وظاهر ما أطلق محمد رحمه الله من الجواب يدل على أنه لا تفصيل.

ووجه ذلك أنه إن لم يكن فيما صح ضرر على رب المال من حيث تقليل المشتري، ففيه ضرر عليه من وجه آخر، فإن الناس لا يبايعونه متى علموا أن في مال المضاربة ديناً، فيقل الربح، ومتى لم يكن في المضاربة دين بايعه الناس، فيكثر الربح، ففي الإتيان بهذا الشرط نوع منفعة لرب المال، وفي تركه نوع ضرر، فيجب مراعاته.

١٨١٥٣ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة على أن يبيع بالنسيئة، ولا يبيع بالنقد، فباعه بالنقد، فإنه يجوز.

١٨١٥٤ - فرق بين هذا وبينما إذا قال له: لا تبع إلا في سوق الكوفة، فباعه في غير سوق الكوفة، ذكر أن البيع لا يجوز، فقد اعتبر النهي ثمة، ولم يعتبره ههنا، وإنما فعل كذلك؛ لأن اشتراط سوق الكوفة في المضاربة شرط مفيد من وجه، لأن الأسعار تختلف باختلاف أماكن المصر، ولا مفيد من وجه من حيث إن المصر مع تباين أطرافه ومحاله جعل كمكان واحد من حيث الحكم، كما في السلم، فإنه إذا شرط الإيفاء في المصر صح، وإن لم يبين محله منها، فبهذا الاعتبار لا يكون الشرط مفيداً؛ لأن ما ذكرتم من المعاني لا يختلف في المكان الواحد، فكان الشرط غير مفيد بهذا الاعتبار، ولما كان هذا الشرط مفيداً من وجه، فمن حيث إنه غير مفيد لا نعتبره متى لم يقرنه بالنهي، ومن حيث إنه مفيد نعتبره متى قرنه بالنهي عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، فأما اشتراطه النسيئة في البيع، والنهي عن البيع بالنقد شرط لا يفيد أصلاً، إذا باع بالنقد بمقدار ما يبيع بذلك نسيئة بأن كان نسيئة يباع بألف وخمسمائة، وبالنقد يباع بألف، وقد باع بالنقد بألف وخمسمائة، والشرط إذا كان غير مفيد أصلاً، فإنه لا يعتبر، قرنه بالنهي أو لم يقرنه.

١٨١٥٥ - وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: لم تسمّ لي الكوفة، وقال رب المال: سميت لك الكوفة دون ما سواها، فإنما كان دفع المال إليه بالكوفة، وهما من أهل الكوفة، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس له أن يسافر بالمال، وإن كان الدفع في مصر غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث

شاء من قبل أن رب المال قد أقرّ بالسفر إلى وجه من الوجوه، وكان القول قول المضارب، وإذا لم يقرّ، فهو كرجل دفع إلى آخر ألف درهم، يشتري له بها ثوبًا أو طعامًا، فليس له أن يسافر بها، وقال أبو يوسف رحمه الله: استحسن في هذا شيئًا لا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا كان يذهب ويرجع من يومه، فله ذلك.

الفصل العاشر

في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة

١٨١٥٦ - الأصل في جنس هذه المسائل : أن المضارب لا يدفع المال مضاربة إلا أن أذن له رب المال في ذلك نصًا ، أو دلالة بأن يقول له : اعمل فيه برأيك ؛ لأن بدفع المال مضاربة يشرك الثاني في مال رب المال ؛ لأنه يشركه في الربح[1] ، وإنه لرب المال لكونه متفرعًا من ماله ، فلا يملك ذلك إلا بتفويض من جهة رب المال .

١٨١٥٧ - ونفرق بين المضارب وبين الشريك شركة مفاوضة أو عنان ، فإنهما يملكان دفع المال إلى غيرهما مضاربة مع أن الشريك يدفع المال مضاربة يشركه الثاني في الربح ، وهذا لأن دفع المال مضاربة داخل تحت الشركة ؛ لأنه تجارة والمضاربة دون الشركة ؛ لأن الشركة لإثبات الاشتراك في الربح والأصل جميعًا ، والمضاربة لإثبات الشركة في الفرع دون الأصل ، فدخلت المضاربة تحت الشركة ، كما دخل التوكيل ، فكان الأول صاحبه مجازت ، وأما المضاربة الثانية : فهي مثل الأولى ، فلا يدخل تحت الأولى كما لا تدخل الشركة لما كانت مثلها .

وإذا لم تدخل المضاربة الثانية تحت الأولى كانت الثانية بغير أمر رب المال ، فلا يجوز ، فإن اشترى به الثاني ، وباع وربح ربحًا ، أو وضع وضيعة ، لم يكن رب المال أذن له بذلك فيه لا نصًا ولا دلالة ، فإن رب المال بالخيار إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله ، وإن شاء ضمن المضارب الثاني ؛ لأن كل واحد منهما جان في حقه ، أما الأول : فلأنه أثبت الشركة للثاني في الربح إن ربح الثاني ، وأثبت له حق المنع إن لم يربح ، واشترى عرضًا ، وليس للمضارب الأول إثبات ذلك للثاني بغير إذن رب المال ، أما نصًا أو دلالة ، فصار ضامنًا ، وأما الثاني : فلأنه أحدث تصرفًا في مال رب المال بغير إذنه ، هكذا ذكر في « الأصل » ، فقد أوجب الضمان إذا عمل الثاني بالمال ربح أو لم يربح .

١٨١٥٨ - وفي « القدوري » : روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا ضمان

---

(١) هكذا في « ظ » و « ف » ، وكان في « م » : يشركه ، وفي الأصل : لأنه شركة في الربح

على الأول، حتى يعمل به الثاني، ويربح، فإن عمل ولم يربح، فلا ضمان، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عمل الثاني ضمن، ربح أو لم يربح، وقال زفر: يضمن بالدفع إليه، عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف.

وعن أبي يوسف رواية أخرى: أنه إذا عمل الثاني، ضمن الأول إن كان فيما اشترى ربح، وإن لم يكن فيما اشترى ربح، فلا ضمان على واحد منهما.

١٨١٤٩ - والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر رواية علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأنه إن وجب الضمان، فإما أن يجب بمجرد العقد، ولا وجه إليه؛ لأن مجرد العقد قول، وإنه لا يؤثر في المال، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير، ولا يجوز أن يجب الضمان على الأول بالتسليم لأجل التصرف، وعلى الثاني بالقبض لأجل التصرف؛ لأن لهما ذلك، ألا ترى أن للمضارب أن يدفع المال إلى غيره بضاعة، والدفع والقبض بضاعة دفع وقبض لأجل التصرف.

وإذا عمل الثاني بالمال إن عمل عملاً لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل، واستهلكه، فالضمان على الثاني دون الأول، وإن عمل عملاً دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئاً، فإن ربح، فعليهما الضمان، وإن لم يربح، فلا ضمان على واحد منهما.

فأبو حنيفة رحمه الله شرط للضمان تصرف الثاني مع الربح لا مجرد التصرف؛ لأنه متى يربح الثاني، فقد ثبت له الشركة في الربح، وهو متولد من المال، وإثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان، وأما قبل الربح فالموجود مجرد التصرف، وإنه ليس سبب الضمان، ألا ترى أنه متى دفع المال بضاعة إلى الثاني لم يضمن شيئاً؛ لأنه لا شركة له في الربح، وهما اكتفيا بمجرد التصرف

وقالا: هب أن سبب الضمان الشركة في الربح إلا أن بمجرد التصرف تثبت للثاني الشركة في الربح اعتباراً وحكماً؛ لأنه تثبت له حق بيع ما اشترى بمال المضاربة على وجه لا يملك الأول الاعتراض عليه، وبالبيع يظهر الربح عسى، فكانت الشركة ثابتة حكماً من هذا الوجه، والشركة في الربح سبب لوجوب الضمان.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: وجعل وجوب الضمان بمجرد

العمل ظاهر رواية أصحابنا ، وجعل اشتراط الربح مع العمل كوجوب الضمان لرواية أبي يوسف.

١٨٦٦٠ - ولو غصبه أحد من المضارب الثاني ، فالضمان على الغاصب ، ولا ضمان على المضارب ، ثم إذا وجب الضمان كان للمالك الخيار إن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعًا على نحو ما بيّنا عند علمائنا ، وهذا الجواب ظاهر على قولهما لأنهما يقولان : بوجوب الضمان على المودع الثاني مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأنه لا يرى وجوب الضمان على المودع الثاني ، وههنا أوجب الضمان على المضارب الثاني ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المضارب يعمل لنفسه ، والمودع لا يقبض لنفسه ، قال : فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثاني ، والربح بينهما على ما شرطا ؛ لأنه لو كان مكان المضاربة بيعًا أو هبةً من المضارب الأول ، نفذ ذلك منه متى ضمن ؛ لأنه مودع في رأس المال والمودع متى باع الوديعة ، أو رهن ، أو وهب ، ثم ضمن ، نفذ بيعه ورهنه وهبته على ما عرف ، فلأن يصح المضاربة الثانية متى ضمن ، وإنها أسرع ثبوتًا من الرهن والبيع على ما نبين بعد ذلك إن شاء الله تعالى أولى ، ولا يرجع الأول على الثاني ، وإن ضمن الثاني كان له أن يرجع على الأول ؛ لأن الثاني كان عاملاً للأول ؛ لأنه عمل له بأمره ، فلا يفيد له الرجوع ، وإن ضمن الثاني رجع هو على الأول ؛ لأنه عمل له بأمره ، فإذا لحقه ضمان بسبب عمله للأول ، كان قرار الضمان على الأول ، وكان كالوديعة إذا كانت عبدًا ، فأبق من يد المودع ، ثم استحق وضمن المودع ؛ فله أن يرجع على مودعه ؛ لأنه ضمن بسبب القبض ، وكان فيه عاملاً لمودعه ، فيكون عليه قرار الضمان ، فكذا هذا.

وإذا رجع الثاني على الأول ، صحت المضاربة فيما بينهما ؛ لأن تضمين الثاني وقرار الضمان على الأول لا على الثاني كتضمين الأول ، ولو ضمن الأول ، صحت المضاربة بينه وبين الثاني ، فكذا إذا ضمن الثاني ، فرق بين هذا ، وبينما إذا رهن من آخر عبدًا ، فأبق العبد من يد المرتهن ، ثم استحق العبد ، فإن ضمن الراهن ، صح الرهن ، وسقط دين المرتهن ؛ لأنه ملك العبد بالضمان[1] من وقت التناول ، والرهن كان بعد

---

(١) وفي الأصل : بأداء الضمان.

ذلك، فيظهر أن العبد حين رهنه كان ملكاً له، فصح الرهن، وإن ضمن المرتهن، فإنه يرجع بما ضمن على الراهن، ولا يصح الرهن حتى قال: رجع على الراهن بما ضمن من قيمة العبد للمستحق وبالدين، وههنا جوز المضاربة فيما بين الأول والثاني متى اختار تضمين الثاني، والملك في الموضعين جميعاً تأخر عن العقد؛ لأن الأول إنما يملك من جهة الثاني، ولهذا كان للثاني حق أن يحبس العين منه، كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه منه، والفرق بينهما أن الملك في الموضعين جميعاً وإن تأخر عن العقد؛ لأنه في الموضعين جميعاً الأول إنما يملك من جهة الثاني إلا أن تأخر الملك عن عقد المضاربة لا يمنع صحة المضاربة.

ألا ترى لو دفع إلى رجل دراهم مغصوبة ليعمل بها مضاربة، ثم إن الغاصب اشتراه من المغصوب منه صحت المضاربة، وإن تأخر الملك في رأس المال عن المضاربة، وهذا لأن قيام الملك في رأس المال لرب حالة عقد المضاربة[1]، ليس بشرط لصحة المضاربة؛ لأن دفع المال مضاربة ليس إلا توكيلاً بالشراء، والشراء بدراهم مغصوبة جائز، فيكون التوكيل بالشراء بدراهم مغصوبة جائز أيضاً، وأما في باب الرهن قيام الملك وقت الرهن شرط لصحة الرهن، فإنه لو رهن من آخر عبداً مغصوباً، ثم اشتراه الغاصب من مالكه، فإنه لا يصح الرهن؛ لأن الملك تأخر عن حالة عقد الرهن، وإنه يمنع جوازه؛ لأن الرهن في معنى البيع لأن العبد بالرهن يصير مضموناً على المرتهن بالعقد، كما لو اشترى، ومن باع شيئاً لا يملك، ثم ملكه بعد ذلك لا يصح بيعه، كذا هنا.

فإن قال رب المال: أنا أجيز تصرفكما، وآخذ من الربح ما كان مشروطاً لي في المضاربة الأولى لا يقدر على ذلك؛ لأن الإجازة من رب المال لغو؛ لأنها لاقت عقداً نافذاً؛ لأن شراء المضارب الثاني نفذ[2] على المضارب الأول؛ لأنه صار مخالفاً[3] بشراء الثاني، فيعتبر ما لو اشتراه الأول بنفسه على وجه يصير مخالفاً لرب المال، حتى نفذ

---

(١) وفي الأصل: لرب عقد المضاربة.

(٢) وفي "ظ" و"ف": نفد.

(٣) وفي "ظ" و"ف" و"م": مخالفة.

الشراء عليه، ثم أجاز رب المال، وهناك لا تعمل إجازته؛ لأنه لاقت عقداً نافذاً، كذا ههنا، وإذا لغت الإجارة صار وجودها وعدمها بمنزلة.

ولو عدمت الإجازة من رب المال لم يكن له حصة من الربح، وكان الربح بين المضارب الأول والثاني، فكذا ههنا.

١٨٦٦١ - ولو كان المضارب الثاني أبضع رجلاً حتى يشتري ويبيع، فاشترى ذلك الرجل، وباع وربح ربحاً، أو وضع وضيعة، فلرب المال الخيار، إن شاء، ضمن المضارب الأول، وإن شاء، ضمن المضارب الثاني، وإن شاء، ضمن المستبضع، وأيهم ضمن، صحت المضاربة فيما بين الأول والثاني إلا أنه إن ضمن الأول، فهو لا يرجع على أحد، وإن ضمن الثاني، فهو يرجع على الأول، وإن ضمن المستبضع، فإنه يرجع على الثاني، ثم هو على الأول.

١٨٦٦٢ - ثم المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة، ولم يكن رب المال قال للأول: اعمل فيه برأيك، فعمل به الثاني، وربح إنما يجب الضمان عليهما، إذا كانت المضاربتان جائزتين، فأما إذا كانتا فاسدتين، فلا ضمان على واحد منهم حتى لو هلك المال في يد الثاني، فلا ضمان؛ لأن الضمان على الأول بسبب اشتراك الثاني في الربح.

وإذا كانتا فاسدتين فما أثبت الأول للثاني شركة في الربح، بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضاربة، والمضارب إذا استأجر أجيراً ليعمل في مال المضاربة، فعمل الأجير فيه، فلا ضمان على واحد منهما، وكذلك إن كانت الأولى جائزة، والثانية فاسدة، فلا ضمان؛ لأن الثانية إذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح، بل يكون أجيراً ليعمل في مال المضاربة.

وكذلك إن كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة؛ لأن الأولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة أيضاً؛ لأنها لا تفيد الشركة في الربح؛ لأن الربح كله لرب المال، متى كانت الأولى فاسدة، فلا تفيد الثانية شركة في الربح، وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدة، وإذا كانت المضاربة الثانية فاسدة، لا تثبت للثاني شركة في الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثاني شركة في الربح.

فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولى لا يتأتى هذا القسم،

وهو ما إذا كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة

قلنا: معنى جواز الثانية في هذه الصورة أن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما يجوز مع المضاربة في الجملة، بأن كان المشروط للأول من الربح مائة أو نصف الربح مع زيادة مائة، والمشروط للثاني نصف الربح، أو ثلثه، أو ربعه، ثم إذا كانت الأولى فاسدة، بأن شرط للأول مائة درهم من الربح، وشرط للثاني نصف الربح، فعمل المضارب الثاني، فللمضارب الأول على رب المال أجر مثل عمله؛ لأن عمل الثاني منقول إلى الأول، فكأن الأول عمل بنفسه، وهناك للأول أجر مثل عمله على رب المال، كذا هنا، وللثاني مثل نصف الربح الذي ربح في مال المضارب الأول؛ لأن الأول صار مستأجرًا الثاني بنصف ربح ما يخرج من هذا المال، والأول أجير أيضًا متى فسدت المضاربة الأولى، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذي استؤجر عليه يكون أجر الثاني على الأول خاصة.

فإن قيل: إذا كان الثاني أجيرًا يجب أن يكون له أجر مثل عمله لا مثل نصف ربح هذا المال، كما في الإجارة المحضة؛ لأنها إجارة فاسدة، فإن من استأجر رجلًا ليبيع له، ويشتري بهذا المال بنصف ربح هذا المال، فسدت الإجارة، ولو باع واشترى، كان له أجر مثل عمله، لا مثل نصف الربح الذي خرج من هذا المال.

قلنا: المضاربة الفاسدة إن كانت إجارة معنى، فهي مضاربة لفظًا، فمن حيث اللفظ صح تسمية نصف الربح، ومن حيث المعنى وجب ذلك في مال المضارب الأول، فيكون عملًا باللفظ والمعنى جميعًا

١٨١٦٣ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، وقال له: اعمل فيه برأيك، فما ربحت من شيء، فبيني وبينك جميعًا نصفان، فدفع المضارب إلى آخر مضاربة بالنصف وربح الآخر، فللمضارب الثاني نصف الربح، والنصف الآخر بين رب المال والمضارب الأول نصفان.

ولو كان قال له رب المال: فما كان من فضل، فبيني وبينك نصفان، أو قال: فما كان من الربح، فبيني وبينك نصفان، فنصف الربح للمضارب الثاني، والنصف لرب المال، والفرق أن في الفصل الأول رب المال شرط لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب

الأول، حيث قال: فما ربحت من شيء، فهو بيننا، واشتراط المضارب الأول النصف المطلق للثاني لا ينافي شرط رب المال، لأنه قد بقي نصف منسوب إلى المضارب، فإن نصف الربح للمضارب الثاني والنصف الآخر بين الأول ورب المال نصفان من هذا الوجه.

أما في الفصل الثاني شرط رب المال لنفسه النصف المطلق، ولا يسلم له النصف المطلق، إلا وأن ينصرف شرط المضارب الأول النصف للثاني إلى نصيبه خاصة، فانصرف إليه، وصار النصف لرب المال، والنصف للثاني، وخرج الأول من البين.

فرع في «القدوري» على الفصل الثاني، فقال: ولو شرط المضارب الأول للثاني ثلث الربح جاز، وكان لرب المال نصف الربح كما شرط، وللمضارب الثاني ثلث الربح، وللأول سدس الربح؛ لأن شرط الأول انصرف إلى نصيبه خاصة.

وإن شرط الأول للثاني ثلثي الربح، جازت التسمية، وكان نصف الربح لرب المال، والنصف للمضارب الثاني، ويغرم له الأول سدس الربح؛ لأن شرط الثلثين للثاني إن لم يصح في حق رب المال، صح في حق المضارب الأول، وقد التزم الأول للثاني ثلثي الربح، ولم يسلم له ذلك، فيرجع عليه بقدر ما لم يسلم بحكم الضمان.

وفرع أيضاً على الفصل الأول، فقال: لو شرط الأول للثاني ثلث الربح، أو أقل من ذلك، أو شرط له ثلثي الربح، فهو جائز، ويكون للمضارب الثاني قدر ما شرط له الأول، وما بقي، فإنه بين الأول ورب المال نصفان؛ لأن في الفصل الأول المشروط لرب المال نصف ربح منسوب إلى المضارب الأول، والمنسوب إلى الأول من الربح ما وراء المشروط للثاني.

١٨١٦٤ - وفي «المنتقى»: بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفعها المضارب إلى آخر مضاربة، وقال: ما رزقني الله، فهو بيني وبينك نصفان، فنصف الربح لرب المال، والنصف الآخر للمضاربين لكل واحد منهما نصفه؛ لأن المضارب الأول شرط للثاني نصف ما رزقه الله تعالى، والذي رزق الله المضارب الأول نصف الربح، فيكون للمضارب الثاني نصف ذلك.

١٨١٦٥ - ومن دفع إلى غيره مالاً مضاربة، وأمره أن يعمل في ذلك برأيه، فدفعه المضارب إلى رجل مضاربة، وقال للثاني: اعمل فيه برأيك، كان للثاني أن يدفعه إلى الثالث مضاربة، وكان الثاني في ذلك بمنزلة المضارب الأول. وهذا بخلاف الوكيل إذا قال له الموكل: اعمل فيه برأيك، كان له أن يوكل غيره. ولكن لا يملك أن يقول للوكيل الثاني: اعمل فيه برأيك، حتى لم يكن للثاني أن يوكل الثالث بذلك وإن قال له الوكيل الأول[1]: اعمل فيه برأيك، هكذا ذكر في كتاب الشفعة.

ومن مشايخنا رحمهم الله من قال: ليس بين المسألتين فرق، بل فيهما جميعاً اختلاف الرواية، ما ذكره في الوكيل الخاص يكون رواية في المضارب، وما ذكر في المضارب يكون رواية في الوكيل الخاص.

وجه الرواية التي قال فيها: إنه لا يكون للأول أن يقول للثاني: اعمل فيه برأيك أن المضارب والوكيل الخاص متبوعان متصرفان من كل وجه، وليسا بمالكين لا رقبة ولا منفعة، والأصل أن المأمور من كل وجه لا يملك أن يفوض إلى غيره مثل ما ملك، ألا ترى أن المضارب لا يملك أن يدفع المال إلى غيره مضاربة إذا لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك- لأنه يفوض إلى غيره مثل ما ملك، والشريك شركة عنان أو مفاوضة، كذلك لا يملكان أن يفوضا إلى غيرهما مثل ما ملكا، ولو فوضوا دون ما ملكوا جاز في المسائل كلها، فلو قلنا: بأن الأول يملك أن يقول للثاني: اعمل فيه برأيك، لصار الأول مفوضاً للثاني[2] ما ملك، وإنه لا يجوز.

ووجه الرواية الأخرى أن المأمور يملك أن يفوض إلى غيره مثل ما ملك بإذن الآمر، ألا ترى أن رب المال لو قال للأول: ادفع مضاربة، وقال للثاني: حتى يعمل فيه برأيه، يملك ذلك، وإنما ملك المأمور أن يفوض إلى غيره مثل ما ملك بإذن حين وجد الأمر، ضمن الأمر ذلك لأمر بذلك نصاً، فكذا إذا وجد دلالة؛ لأنه أطلق للأول العمل فيه برأيه، فالأول بقوله للثاني: اعمل فيه برأيك، فوض إليه مثل ما ملك بإذن المالك دلالة، وإنه جائز كما لو أذن له بذلك نصاً.

(١) هكذا في "ط"، وفي غيره: الثاني.

(٢) هكذا في "ط"، وفي غيرها: إلى الثاني.

ومن مشايخنا من قال: بين المسألتين فرق، وليس ثمة اختلاف الرواية، وهو الظاهر، والفرق بين المضارب والوكيل الخاص أن رب المال لما قال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فقد فوّض إليه الدفع إلى غيره مضاربة، فصار الدفع إلى غيره مضاربة داخلاً تحت المضاربة بسبب هذه الزيادة، فيصير ما ملكه المضارب الأول بسبب هذه الزيادة بما كان يملكه بمطلق المضاربة من غير ذكر هذه الزيادة، وما يملكه المضارب بمطلق المضاربة من التوكيل بالبيع والشراء والاستئجار والإبضاع، كما يملك مباشرة هذه التصرّفات بنفسه يملك تفويضها إلى غيره، فإنه لو أمر غيره حتى يوكل، أو يبضع جاز، كما لو باشر بنفسه، فكذلك ما ملك من دفع المال مضاربة إلى غيره بقوله: اعمل فيه برأيك يملك مباشرة ذلك بنفسه، والتفويض إلى غيره، وفي الوكيل الخاص بقوله: اعمل فيه برأيك ملك زيادة كان لا يملك بمطلق التوكيل من غير هذه الزيادة، وما كان يملك بمطلق التوكيل من البيع لا يملك مباشرة ذلك بنفسه، ولا يملك التفويض إلى غيره، فكذا ما يملكه من توكيل غيره بقوله: اعمل فيه برأيك ملك مباشرة ذلك بنفسه، ولا يملك تفويضه إلى غيره بقوله: اعمل فيه برأيك، فقد اعتبرنا في المسألتين جميعاً ما يملك من الزيادة بقوله: اعمل فيه برأيك بما كان يملك بمطلق العقد من غير زيادة.

٨٤٦٦ - ولو كان الأول دفع إلى الثاني مضاربة، ولم يقل له: اعمل فيه برأيك، فليس للثاني أن يدفعه مضاربة لما ذكرنا أن المضارب لا يملك دفع المال إلى غيره مضاربة ما لم يأذن له الدافع بذلك، إما نصاً أو دلالةً بأن يقول له: اعمل فيه برأيك.

الفصل الحادي عشر

في المضاربة بالشيء يكون على غيرها أمره به أيجوز أم لا يجوز؟

١٨٤٦٧ - قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل قال لرجل: خذ هذه الألف درهم مضاربة بالنصف، فأخذها المضارب، واشترى بها جارية، فالمضاربة بألف درهم جياد كما اقتضاه مطلق التسمية، ثم نظر في الدراهم، فإذا هي زيوف أو نبهرجة، فإن لم يعلما بالمشار إليه وقت الدفع والأخذ، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فالشراء جائز على المضاربة، وهذا لأن في المضاربة أمرًا بالتصرف وتوكيلًا، وقد ذكر في كتاب الوكالة: أن الوكالة في هذه الوجوه الثلاثة تتعلق بالمسمّى، فكذلك المضاربة.

فإن قيل: إذا تعلقت المضاربة بالمسمّى، والمسمّى لم يوجد، فلم يوجد قبض رأس المال، والشراء قبل قبض رأس المال لا يكون للمضاربة، فينبغي أن لا يقع شراء الجارية للمضاربة.

قلنا: نعم! لم يوجد قبض المسمّى، لكن بقبض الزيوف يمكن أن يجعل قابضًا للمسمّى لكونه من جنس المسمّى، فيصير قابضًا رأس المال بقبض الزيوف من هذا الوجه، فحصل الشراء بعد قبض رأس المال، فكانت الجارية على المضاربة.

فبعد ذلك إن أعطى المضارب بائع الجارية تلك الدراهم، وتجوز بها البائع لا يرجع المضارب على رب المال بشيء، ويكون رأس المال الزيوف؛ لأنه رأس المال، والذي خرج عن ملكه الزيوف، وإن لم يتجوز بها البائع، وردها على المضارب، فله أن يردها على رب المال، أو يأخذ منه الجياد؛ لأنه اشتراها بالجياد بأمر رب المال، ويكون رأس مال المضاربة مثل الجياد؛ لأن الخارج عن ملك رب المال ههنا الجياد، وإن كان المضارب نظر إلى الدراهم قبل الشراء، وعلم أنها زيوف، واشترى بها الجارية، فهذا الشراء على المضاربة، بخلاف الوكيل في هذا الوجه، والفرق أن مقصود الموكل غير الجارية، وإنه رضي بجارية تساوي ألفًا جيدة، ولا يرضى بجارية تساوي ألفًا زيفًا.

أما مقصود رب المال الربح لا عين الجارية ، والربح حاصل حصل الشراء بالجياد ، أو بالزيوف ، وإذا نقد على المضاربة ، كان رأس المال ألف درهم زيوف ، كما ذكرنا .

١٨١٦٨ - ولو كانت الدراهم التي قبضها المضارب ستوقة أو رصاصًا ، فاشترى المضارب جارية بألف درهم جياد ، فهي لرب المال ، ولا يكون للمضاربة في الوجوه الثلاثة التي ذكرناها ؛ لأن المضاربة تعلقت بالمسمّى ، ولم يوجد قبض المسمّى لا بنفسه ، ولا بقبض الستوقة والرصاص ؛ لأنهما ليسا من جنس المسمّى ، ولا بد من تعيين رأس المال ، وقبضه لصحة المضاربة ، فإذا لم يوجد لم تصحّ المضاربة ، ولكن إن لم تصح المضاربة ، صحّ التوكيل بالشراء ؛ لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة التوكيل بالشراء بحكم التوكيل لا بحكم المضاربة ، فكان المشترى لرب المال ، لا للمضاربة ، وللمضارب أجر مثله ؛ لأنه ابتغى عن منافعه عوضًا ، ولم يحصل له العوض لما بطلت المضاربة ، وكان له أجر المثل .

ولو لم يكن المال المدفوع ستوقًا ولا رصاصًا ، ولا زيوفًا ولا نبهرجة ، بل هي جياد ، إلا أنها أنقص من المسمّى ، بأن كانت خمسمائة ، فاشترى المضارب جارية وألف درهم ، فنصف الجارية للمضاربة ، والنصف لرب المال في الوجوه الثلاثة التي ذكرناها ؛ لأن المضاربة تعلقت بالمسمّى في هذه الوجوه ، وإنما وجد قبض المسمّى بقدر النصف ، فصحّت المضاربة ، وفي النصف الآخر إن لم تصحّ المضاربة ، صح التوكيل ، فلهذا صح شراء النصف على المضاربة ، والنصف على رب المال ، فإذا باع المضارب الجارية بعد ذلك ، وحصل الربح ، فأحد النصفين لرب المال خاصةً ؛ لأنه لا شركة للمضاربة فيه ؛ لكونه وكيلا في شراء ذلك النصف .

وأما النصف الآخر : فيستوفي منه رب المال فيما اشترى لرب المال ؛ لأنه عملا عملا هو شريك فيه ؛ لأنه شريك في الربح بحصة المضاربة ، ومن عمل في شيء هو شريك فيه لا يستحق الأجر ؛ لأن عمله لا يقع مسلمًا إلى من عمل له من كل وجه ، و الأجر لا يستحقّ إلا بعد التسليم[1] من كل وجه ، ولو كان المضارب ورب المال يعلمان بكون الدراهم زيوفًا ، أو ستوقة ، أو ناقصة ، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بذلك ،

---

(١) وفي الأصل : إلا بعد تمام التسليم .

فالمضاربة تتعلق بالمشار إليه ، فإن كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة ، فاشترى بها جارية ؛ فالشراء للمضاربة ، ولو اشترى بالجياد يصير مشتريًا لنفسه ؛ لأن باجتماع هذه العلوم ثم يتعلق المضاربة بالمشار إليه تتعلق الوكالة بالمشار إليه على ما ذكرنا .

وفيما إذا كانت الدراهم ستوقة ، بطلت المضاربة حتى لو اشترى بها شيئًا كان لرب المال ؛ لأن الستوقة والرصاص لا يصلحان رأس المال ، وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة المضاربة ، فإذا لم يوجد بطلت المضاربة . ولكن لا تبطل الوكالة ، فيصير مشتريًا لرب المال ، فكان للعامل أجر مثله فيما عمل ؛ لما مرّ ، وفيما إذا كانت الدراهم ناقصة ، فالمضاربة على ما قبض من المال خاصة ، والوكالة كذلك حتى لو اشترى جارية بألف ، والمقبوض خمسمائة ، فنصف الجارية على المضاربة ، والنصف للمضارب ؛ لما ذكرنا أن اجتماع العلوم الأربعة ، كما ينفي المضاربة عما زاد على المقبوض تنفي الوكالة . فيصير بقدر الزيادة مشتريًا لنفسه لهذا .

الفصل الثاني عشر
في نهي رب المال المضارب عن العمل وفي انعزاله

١٨١٦٩ – ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، ثم نهاه بعد ذلك أن يبيع ويشتري، عمل نهيه إذ كان رأس المال دراهم على حالها، حتى لو اشترى بعد ذلك شيئاً، يصير مخالفاً، ومتى صار رأس المال عرضاً لا يعمل نهيه للحال، بل يبقى إلى أن يصير مال المضاربة ناضّاً، حتى لو باع العروض بالدراهم أو بعرض آخر، جاز بيعه، إلا أنه إذا باعه بثمن من جنس رأس المال لا يعمل النهي، ولو باعه بثمن من غير جنس رأس المال، يعمل النهي عمله.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن مال المضاربة متى كان من جنس رأس المال من كل وجه بأن كان رأس المال دنانير، ومال المضاربة مثلها، عمل نهي رب المال إياه عن التصرف، حتى لا يصح(١) من المضارب بعد ذلك على المضاربة ما هو شراء، ومتى كان رأس المال مشترى به عرضاً، أو لا، هو مما من وجه دون وجه، بأن يشتري به دراهم أو دنانير، وإنما كان كذلك؛ لأن النهي عن التصرف فسخ للمضاربة، ولرب المال ذلك، وإن لم يرض به المضارب، إذا لم يتضمن الفسخ إبطال حق مستحق للمضارب؛ لأن معنى الشركة فيها راجح على الإجارة، ولكل واحد من الشريكين فسخ الشركة على صاحبه بغير رضا صاحبه، إذا كان مال الشركة ناضاً؛ لأنه لا يتضمن فسخ الشركة إبطال حق مستحق لصاحبه؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون في مال الشركة ربح، أو لم يكن، فإن لم يكن فيه ربح، فلا حق له في رأس مال صاحبه، وإن كان فيه ربح، أمكن أن يأخذ رأس ماله من حيث التعيين، ولا حاجة إلى التقويم، ويقسم الباقي من الربح بينهما من حيث التعيين، والإحاطة من غير تقويم.

وإذا لم يتضمن الفسخ في هذه الحالة إبطال حق مستحق، فللشريك حق الفسخ، وإن لم يرض به صاحبه، فكذلك في المضاربة، وإذا انفسخت المضاربة من كل وجه،

(١) في الأصل: "فإنه لا يصح" مكان "حتى لا يصح".

عاد الأمر إلى ما كان قبل المضاربة، وقبل المضاربة كان لا يملك على رب المال ما هو شراء من كل وجه، فكذا بعد الفسخ، وإن كان مال المضاربة من خلاف جنس رأس المال من كل وجه، بأن كان مال المضاربة عرضًا، فنهاه رب المال، فإنه لا يعمل نهيه للحال، بل يتقف إلى أن يصير ناضًا، حتى يجوز من المضارب بعد النهي ما هو بيع من كل وجه، وهو بيع العرض بالدراهم، وما هو بيع من وجه، شراء من وجه، وهو بيع العرض بالعرض؛ لأن النهي فسخ للمضاربة، وهو لا يملك فسخها على المضارب إن كان رأس المال عرضًا بغير رضا المضارب؛ لأن المضاربة إن كان فيها معنى الإجارة، ففيها معنى الشركة، والرجحان للشركة، وفي الشركة التي ليس فيها معنى الإجارة إذا فسخ أحد الشريكين الشركة بغير رضا صاحبه، ومال الشركة عروض لا يعمل فسخه، فكذا في المضاربة إذا كان معنى الشركة فيها راجحًا، وهذا لأن فسخ الشركة في هذه الحالة يتضمن إبطال حق فسخ على الشريك؛ لأنه إذا انفسخت الشركة، والشريك الفاسخ يأخذ رأس ماله باعتبار القيمة، وإنها مما يختلف فيه المقومون، فربما يدخل على الشريك الذي لم يفسخ ضرر في ذلك، ولأن حق الشريك الذي لم يفسخ الشركة في الربح، إنه عبارة عن الدراهم جنس رأس المال؛ لأن ربح المال إنما يتحقق في الجنس الواحد، وإذا كان حقه في الدراهم، والفاسخ يريد أن يعطي صاحبه الذي لم يرض بالفسخ مكان الدراهم عرضًا، فلا يقدر على ذلك بغير رضا صاحبه، وإن كانت الشركة وكالة؛ لأن فسخ الوكالة قد يمتنع إذا تضمن إبطال حق مستحق على الغير كالعدل في باب الرهن، إذا كان مسلطًا على البيع، فعزله الراهن، فإنه لا يعمل عزله؛ لأن البيع صار حقًا للمرتهن، حتى يصل إلى حقه، فكذا في المضاربة، وإذا لم يعمل الفسخ للحال، صار وجود هذا الفسخ، وعدمه بمنزلة، ولو عدم الفسخ أصلا كان يجوز للمضارب بيع العرض بدراهم، وبيع العرض بالعرض، فكذلك ههنا إلا أنه إذا باع بالدراهم ورأس مال المضاربة مثل ذلك جودة وضربًا، فإنه يعمل نهيه؛ لأن رب المال فسخ المضاربة، وهو من أهله إلا أنه امتنع فسخه لحق المضارب، فإذا صار العرض دراهم، فقد زال المانع من الفسخ، فيعمل الفسخ عمله، وكان كالراهن إذا عزل العدل، ثم قضى الدين عمل عزله لزوال حق المرتهن، فكذا هذا.

١٨١٧٠ - وإذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال من وجه، ومن خلاف

لو اشترى بالفلوس عرضًا لم يجز على رب المال ، ولا يعمل نهيه عما هو بيع من وجه ، شراء من وجه ، حتى لو باع الفلوس بالدراهم يجوز ؛ لأن مال المضاربة مال من جنس رأس مال المضاربة من وجه ، وبخلاف جنس رأس المال من وجه ، فإنه لو أراد أن يأخذ رأس المال يأخذه باعتبار القيمة والتقريب ما ذكرنا .

١٨١٧٣- وإذا باع المضارب شيئاً من مال المضاربة بالنسيئة في غير مصره، وأراد المضارب أن يكون هو المتقاضي حتى تكون نفقته في مال المضاربة، فقال رب المال: أنا أتقاضى حتى لا يجب لك نفقة في مال المضاربة، فإن لم يكن في مال المضاربة ربح، فإن المضارب يجبر على أن يحيل رب المال ليكون رب المال هو المتقاضي دون المضارب، وإن كان التقاضي حقاً للمضارب من حيث إنه من حقوق العقد؛ لأنا لو راعينا حق المضارب أبطلنا على رب المال بعض ماله.

ولو راعينا حق رب المال أبطلنا على المضارب مجرد حقه في التقاضي، فكان الترجيح لجانب رب المال، وإن كان في مال المضاربة ربح، فالمضارب هو المتقاضي؛ لأن التقاضي إنما يصير إلى رب المال إذا أمكن جبر المضارب على أن يحيل رب المال به بوجه من الوجوه، وتعذر الجبر ههنا؛ لأنه إما أن يجبر ليحيل رب المال بجميع الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بعض الدين ملك المضارب، والإنسان لا يجبر على أن يحيل غيره بملكه، ولا وجه إلى أن يحيله ببعض رأس المال، وحصته من الربح؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، وإنه باطل.

١٨١٧٤- وإذا اشترى المضارب بالمال متاعاً، ثم قال: أنا أمسكه حتى أجد ربحاً كثيراً، وأراد رب المال بيعه، فهذا على وجهين: إما أن يكون في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفاً، واشترى بها متاعاً يساوي ألفين، أو لم يكن في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفاً، واشترى بها متاعاً يساوي ألفاً، وفي الوجهين جميعاً لا يكون للمضارب حق إمساك المتاع من غير رضا رب المال إلا أن يعطي رب المال رأس المال إن لم يكن فيه فضل، أو رأس المال وحصته من الربح، إن كان فيه فضل، فحينئذ له حق إمساكه، وإذا لم يُعط رب المال ذلك، ولم يكن له حق إمساكه، هل يجبر على البيع؟ فإن كان في المال فضل يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه مسلم له بدل عمله، فيجبر على العمل إلا أن يقول رب المال: أعطيك رأس المال، وحصتك من الربح إن كان في المتاع فضل، أو يقول: أعطيك(١) رأس المال إذا لم يكن في المتاع فضل، فإذا اختار ذلك حينئذ لا يجبر على البيع، ويجبر رب المال على قبول ذلك نظراً من الجانبين، ومراعاة

---

(١) هكذا في ظ، ف، وكان في الأصل و «م»: أعطيته.

لكلا الطرفين .

وإن لم يكن في المال فضل لا يجبر على البيع ، ويقال لرب المال : المتاع كله خالص ملكك ، وإما أن تأخذه برأس مالك ، أو تبيع حتى تصل إلى رأس مالك .

الفصل الرابع عشر
في دفع المضارب مال المضاربة بضاعة إلى رب المال
وفي بيع أحدهما مال المضاربة من الآخر

١٨١٧٥ – المضارب إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال بضاعة بعضه، أو كله، فاشترى بها رب المال، أو باع، فهي مضاربة على حالها، ويصير رب المال معينًا للمضارب في العمل؛ لأنه عمل بإذنه، وعمل المعين منقول إلى المستعين، كما لو استعان بأجنبي، وإذا انتقل عمله إلى المضارب، صار كأن المضارب عمل بنفسه، ويستوي في هذا أن يكون مال المضاربة ناضًا، أو صار عروضًا، وإن كان رب المال أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره، وباع واشترى به إن كان رأس المال ناضًا، فهو نقض للمضاربة، وإن صار رأس المال عروضًا، لا يكون نقضًا لها، وهذا لأن رب المال لا يمكن أن يجعل معينًا للمضارب، ولم يوجد من المضارب استعانة، فيجعل عاملاً لنفسه، ومن ضرورة كونه عاملاً لنفسه انتقاض المضاربة غير أن هذا النقض ثبت مقتضى وقوع عمله لرب المال، فلا يربو على النقض صريحًا، ولو نقض رب المال المضاربة صريحًا، ومال المضاربة ناضٌ، يعمل نقضه، ولو كان رأس المال عروضًا لا يعمل نقضه للحال، بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًا، كذا هنا.

١٨١٧٦ – ثم إذا كان مال المضاربة عروضًا، وباع رب المال العرض بألفي درهم، ورأس المال كان ألف درهم، ثم اشترى بالألفين عرضًا آخر يساوي أربعة الآلاف درهم، فالعرض المشترى يكون لرب المال، ويضمن للمضارب خمس مائة؛ لأن نقض المضاربة كان موقوفًا إلى أن يصير المال ناضًا، فإذا صار ناضًا انتقضت المضاربة، فقد اشترى العرض الآخر، والمضاربة منتقضة، فيصير مشتريًا لنفسه، ويضمن للمضارب خمس مائة من الألفين التي باع بها عرض المضاربة حصة المضارب، وقد قبض بيده، فيضمنها للمضارب، وإذا أخذ رب المال مال المضاربة من المضارب، أو باع المضارب ذلك من رب المال، فهو جائز، سواء كان في المال فضل على رأس المال، أو لم يكن،

الفصل الخامس عشر

في نفقة المضارب

١٨٦٧٧ - قال محمد رحمه الله في «الكتاب»: في المضارب يتصرف بمال المضاربة في مصره: فنفقته في مال نفسه، وإن سافر بمال المضاربة، فالقياس أن تكون نفقته أيضاً في مال نفسه، وفي الاستحسان: النفقة في مال المضاربة، أما إذا دام في مصره فما ذكر من الجواب قول علمائنا.

وقال بعض العلماء: نفقته في مال المضاربة بعد أن يشتري ذلك بالقليل، والعشاء في مال المضارب، وذهبوا في ذلك إلى أن العرف فيما بين التجار أنهم يتغدون في الحانوت، يشترون بالقليل شيئاً في حانوتهم، ويأكلون في حانوتهم، وإنما يتعشون في بيوتهم، وما كان من صنيع التجار يدخل تحت المضاربة؛ لأن المضاربة إذن بالتجارة، فيدخل تحتها ما كان من صنيع التجار وإن لم يكن تجارة في نفسه، ألا ترى أن البيع بغبن يسير، والإقالة، وتأخير الثمن دخل تحت المضاربة، وإن كانت هذه الأشياء تبرعاً؛ لأنها من صنيع التجار، فكذا هذا، وعلماؤنا ذهبوا في ذلك إلى أن العرف في هذا مشترك الدلالة؛ لأن بعض التجار كما يتغدون في الحانوت، فالبعض يتغدون في بيوتهم لا يحضرون السوق، فكان هذا من صنيع التجار من وجه دون وجه، فبأحد الاعتبارين إن دخل تحت المضاربة، فبالاعتبار الآخر لا يدخل، فلا يدخل بالشك، بخلاف البيع بالغبن اليسير وتأخير الثمن؛ لأن جميع التجار يصنعون ذلك، فكان من صنيعهم من كل وجه، فدخل تحت المضاربة.

وأما إذا سافر بمال المضاربة: فالقياس أن تكون نفقة المضارب في مال نفسه، لا في مال المضاربة، وهو أحد قولي الشافعي، وفي قوله الآخر: نفقته في مال المضاربة بالمعروف، وهو الاستحسان الذي أخذ به علماؤنا.

وجه القياس ظاهر، وهو أن المضارب إما أن يعتبر أجيراً، أو شريكاً؛ لأن في المضاربة معنى الإجارة، ومعنى الشركة، أو مستبضعاً من حيث إنه شرط له بدل على

خطر الوجود، وهو الربح، وما كان على خطر الوجود، فكأنه غير المشروط من وجه، فكان بمنزلة المستبضع من هذا الوجه، وأيًا ما عتبرنا كانت نفقته في ماله، لا في مال المضاربة.

وجه الاستحسان الثاني:

أحدهما: أن القياس كما قلتم، إلا أنا تركناه بالعرف، فإن العرف فيما بين التجار أن المضارب إنما ينفق على نفسه من مال المضاربة في حالة السفر، لا من ماله، وينفق من ماله ما دام في مصره ووطنه، والمعروف كالمشروط، فصار كأن رب المال شرط في المضاربة، بأن ينفق المضارب من مال المضاربة حالة السفر، ومن ماله في حالة الحضر، ولو خرج فقد يربح، وقد لا يربح، فجعلت نفقته في مال المضاربة، إذا سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه حتى إذا لم يربح لا يضيع عمله مجانًا، وقد سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه حين سافر لأجل المضاربة، ولم يجعل نفقته في مال المضاربة حال حضرته.

والثاني: عقد المضاربة كان مقيمًا في وطنه مانعًا من تسليم نفسه للعمل، وكونه في وطنه يجوز أن يكون مانعًا من التسليم في الجملة، هذا كالخياط إذا كان يخيط في حانوته، فإن عمله لا يقع مسلمًا، وإن كان يخيط في بيت رب الثوب وقع مسلمًا، وكذلك المرأة بعدما زوجت نفسها ما دامت في وطنها ومنزلها. فلا نفقة لها، وإن كانت تعمل في بيتها بعض أعمال الزوج، ولو ذهبت إلى منزل زوجها، وسلمت نفسها استحقت النفقة بخلاف الأجير؛ لأن المستأجر قد ينفق عليه، وإن سلم نفسه في بيته، وقد لا ينفق والعرف في استحقاق المضارب النفقة متى سلم نفسه لعمل المضاربة ثابت من كل وجه، والعرف الثابت من كل وجه، لا يعتبر واردًا في الأجير دلالة؛ لأن ما شرط للأجير من بدل عمله، وهو الأجر ليس على خطر الوجود، بل يستحق ذلك لا محالة دين عليه، وما شرط للمضارب من بدل عمله على خطر الوجود، فالعرف الثابت في حقه متى سلم نفسه للعمل من كل وجه كي لا يضيع عمله مجانًا متى عمله، ولم يربح، لا يعتبر واردًا في الأجير دلالة، ورد الأجير إلى ما يقتضيه القياس بخلاف الشركة؛ لأن العرف فيما بين الشركاء أنهم ينفقون من المال المشترك، لا من مال

أحدهما خاصة، والعرف الثابت في حق المضارب بإيجاب النفقة، متى سلم نفسه للعمل في مال الغير من كل وجه لا يعتبر واردًا في الشريك دلالة؛ لأنه عمل في ماله، ولأن فيه عرفًا بخلافه، فرد الشريك إلى ما يقتضيه القياس وبخلاف المستبضع؛ لأنه لا عرف فيه أنه ينفق من مال المستبضع، وإنما العرف أنه ينفق من مال نفسه، والعرف الثابت في حق المضارب لا يكون واردًا في المستبضع دلالة؛ لأنه رضي بذهاب عمله مجانًا، ولم يبتغ لعمله عوضًا أصلاً، فأما المضارب فقد ابتغى لعمله عوضًا هو على خطر الوجود، ورأى التجار له نفقة في مال المضاربة متى سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه، بأن سافر بمال المضاربة حتى لا يذهب عمله مجانًا، حتى يربح وقد ابتغى لعمله عوضًا فرد، فرد المستبضع إلى ما يقتضيه القياس، فهذا وجه الاستحسان.

١٨١٧٨ - وإذا استحق المضارب النفقة في مال المضاربة متى سافر بالعرف على ما بينا، فإنه يستحق الملبوس والمطعوم، وما يحتاج إليه في غسل ثيابه، وفي أجرة الحلاق والحمام.

أما المطعوم والملبوس مما لا بد للإنسان منه في عموم الأوقات، فكان من جملة النفقة، فيصير مشروطًا له في مال المضاربة، وكان كالزوجة تستحق المطعوم والملبوس على الزوج، فأما ما يحتاج إليه في غسل الثياب وأجرة الحلاق والحمام، فالمذكور في "الأصل"[1]، فإنه يجب في مال المضاربة، فكان ينبغي أن يجب في مال المضارب؛ لأن هذا مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، وما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، لا يكون من جملة النفقة كثمن الدواء وأجر الحجام والفصاد إلا أن الجواب عنه، إنما أوجب هذا في مال المضاربة، وإن كان مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات؛ لأنه من صنيع التجار، فإنهم يحلقون وينظفون ثيابهم وبدنهم عن الوسخ، حتى يصير سببًا لزيادة رغبة الناس في المبايعة، فإن الإنسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب، فإنه لا يبايع الناس معه مخافة أنه يتفلس، فكان أجر الحلاق وغاسل الثياب، والحمام داخلا تحت النفقة؛ لأنه من صنيع التجار.

فأما ما أنفق على نفسه في دوائه وحجامته ونحو ذلك مما يتداوى به، فإنه يكون

---

(١) وفي الأصل و"ف" و"م": قاله الأصل.

في مال المضارب، ولا يكون في مال المضاربة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه؛ لأنه مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، وإنما يحتاج إليه المريض، وقد يمرض، وقد لا يمرض، فلا يكون من جملة النفقة، وليس فيه تنظيف ظاهر البدن حتى يعتبر من صنيع التجار، فلا يستحقه في مال المضاربة. وكان كالزوجة لا تستحق أجر الحجام، وثمن الدواء على الزوج.

وكذلك المأمور بالحج، وكذلك نفقة الرهن على الراهن، وثمن الأدوية على المرتهن؛ لأنها ليست من جملة النفقة، فكذا هذا، ولكن ثمن الدواء بمنزلة الصلح عن دم العمد، فإن قتل المضارب رجلاً عمداً، فصالح ولي القتيل بشيء من مال المضاربة لم يصح، وإن لم يكن له من ذلك بد لإحياء نفسه؛ لأنه مما لا يحتاج إليه في عموم الأوقات، فلم يكن من جملة النفقة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الدواء في مال المضاربة؛ لأنه لإصلاح بدنه، وتمكنه من العمل، فكان من جملة النفقة، ثم يستحق نفقة مثله بالمعروف؛ لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة بحكم العرف، والعرف نفقة المثل.

١٨١٧٩ - وفي «القدوري»: إذا سافر المضارب بمال المضاربة، فنفقته فيما يكترى لركوبه، وما ينفق على نفسه من كسوة وطعام وما يشتريه، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها، وغسل ثيابه وثمن دابته يركبها في مال المضاربة، والدهن في مال المضارب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: الدهن في مال المضاربة، وروى الحسن: أنه إذا احتجم، أو طلى، أو اختضب، أو أكل فاكهة مثل ما يصنع التجار، فذلك كله في مال المضاربة في مذهب أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله.

وقال أبو الحسن الكرخي: وليس في الختان رواية عن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله، والظاهر أنه كالحجامة؛ لأنه غير معتاد في حق الرجال، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن الحمام، فقال: كما كان يأكل.

١٨١٨٠ - وإذا اشترى جارية ليطأها، أو ليستخدمها، كان ذلك عليه في ماله خاصة، فإن شراها للوطء، فلأن الوطء مما لا يحتاج إليه في عامة الأوقات، والإنسان

وجب استيفاء ذلك من الربح أولاً ، فههنا قالوا : بأنه يأخذ رأس ماله ألف درهم .

وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله : إذا خرج المضارب من مصره إلى السواد لشراء الطعام ، وذلك المكان مسيرته أقل من ثلاثة أيام ، فأقام في ذلك المكان يشتري ويبيع ، فإن نفقته في طريقه ومقامه في ذلك المكان على المال ؛ لأنه خرج من وطنه لعمل المضاربة ، والمضارب متى خرج من وطنه لعمل المضاربة ، فإنه يستوجب النفقة في مال المضاربة كما لو كان بينه وبين المقصد مسيرة سفر ، بخلاف ما لو كان في مصر عظيم أهل المضارب في أقصاه ، والمكان الذي يبيع فيه ويشتري في الجانب الآخر من المصر ، فإنه لا يستحق النفقة ، وإن خرج من منزله لعمل المضاربة ؛ لأنه لم يخرج من مصره ، والمضارب لا نفقة له في مال المضاربة ما دام في مصره بعرف التجار ، بخلاف ما لو خرج إلى السواد ؛ لأنه خرج من مصره ، وهذا إذا أقام ثمة ، وإن كان يغدو ، ثم يروح ، ويمسي في منزله ، فليس بخارج عن المصر ، بل هو بمنزلة أهل المصر ؛ لأن أهل المصر يتجرون في السوق بالنهار ، ويبيتون في منازلهم ، فلا يكون نفقته في مال المضاربة .

١٨١٨٤- قال محمد رحمه الله في "الأصل" أيضاً : وإذا كان للمضارب أهل بالكوفة ، وأهل بالبصرة ، ووطنه فيهما جميعاً ، والمضارب مع رب المال بالكوفة ، فخرج من الكوفة يريد البصرة ، فإن نفقته في الطريق في مال المضاربة ، فإذا بلغ البصرة ، فإن نفقته في ماله ، أما نفقته في الطريق في مال المضاربة ؛ فلأنه خرج من مصره لعمل المضاربة ، فكانت نفقته في مال المضاربة بالعرف ، ونفقته بالبصرة في مال المضارب ؛ لأنه لما أتى البصرة ، فقد حصل في مصره ووطنه(١) ، ألا ترى أنه لو كان مقيماً بالكوفة لم يكن له نفقة ؛ لأنه في مصره ، فكذا إذا انتهى إلى البصرة ، والبصرة مصره ووطنه ، وإذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم مضاربة ، وهما بالكوفة ، وليست الكوفة بوطن للمضارب ، فنفقة المضارب مادام بالكوفة على نفسه ؛ لأن المضارب إنما يستحق النفقة بالعرف متى يسلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه ، وذلك بأن يخرج من وطنه الذي يقيم فيه قبل ذلك ، ولم يوجد الخروج من وطنه الذي كان يقيم فيه قبل ذلك ، فلا

---

(١) في ظا : ووطنه.

يستحق النفقة، كما لو كانت الكوفة وطناً له، فإن سافر بمال المضاربة، ثم عاد إلى الكوفة في تجارته كانت نفقته في مال المضاربة ما دام بالكوفة، وكانت الكوفة وغيرها من البلدان سواء في حقه؛ لأنه خرج من وطنه الذي كان فيه، ولم يعد إلى وطنه بوصوله إلى الكوفة، والكوفة كانت وطناً له سكنى، ووطن السكنى ينتقض بمثله وهو الخروج، فإذا خرج من الكوفة، خرجت هي من أن تكون وطناً له، وكانت الكوفة بعد هذا في حقه وغيرها من البلدان سواء.

١٨١٨٥ - وإذا سافر المضارب بالمال، وقد أعانه عليه رب المال بغلمانه يعملون معه في المضاربة، وأعانه بدوابه تحمل المتاع الذي شرى للمضاربة، فإن المضاربة لا تفسد؛ لأن المضارب لو استعان برب المال، فإن المضاربة لا تفسد، فإذا استعان بعبيده أولى، وتكون نفقة الغلمان والدواب على رب المال؛ لأن عمل عبيده ودوابه كعمله، ولو عمل نفسه على سبيل الإعانة للمضارب لم تكن نفقته في مال المضاربة؛ لأنه معين للمضارب، فإنه ليس على رب المال عمل، والعمل على المضارب.

وقد ذكرنا أن نفقة المعين في ماله، لا على المستعين بخلاف ما لو عمل غلمان المضارب، فإن نفقتهم في مال المضاربة؛ لأن عمل عبيده، وإنه معونة المضاربة من كل وجه كعمل المضارب، وهو يستحق النفقة بعمله للمضاربة خارج المصر، فكذا غلمانه، فإن أنفق المضارب من مال المضاربة على عبيد رب المال ودوابه، فالمضارب ضامن؛ لما أنفق.

وكان يجب أن لا يضمن ما أنفق على عبيد رب المال؛ لأن ما أنفقه عليهم بمنزلة رد المال عليهم، ألا ترى أن الغاصب إذا أنفق المغصوب على عبد المالك، فإنه يبرأ عن الضمان كما لو رده على المغصوب منه، فيجب أن يكون ههنا كذلك، ولو رد شيئاً من مال المضاربة على عبد رب المال لم يضمن، فكان يجب أن لا يضمن ما أنفقه عليهم.

والجواب عنه أن يقال: القياس فيما إذا رد مال المضاربة على يد من كان في عيال رب المال يضمن كما كان القياس أن يضمن المودع متى دفع الوديعة إلى من هو في عياله إلا أنا لم نوجب الضمان استحساناً للضرورة؛ لأنه قد لا يتهيأ له الرد على صاحب الأمانة، وكان له الرد على من هو في عياله كما كان للمودع أن يدفع الوديعة إلى من هو

مصره، وقد أنفق من المال، فإن تلك النفقة تكون في المال؛ لأن المضارب متى خرج من وطنه لعمل المضاربة، كانت نفقته في مال المضاربة، وإن وضع حتى ذهب المال كله، فلأن تكون نفقته في مال المضاربة، وقد ردّ بعض رأس المال أولى، وهذا لأن استحقاق المضارب النفقة صرفًا متعلق بتسليم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه لا بحقيقة التصرف، وهو البيع والشراء؛ لأن تسليم نفسه للعمل من كل وجه في وسعه، وليس في وسعه البيع والشراء؛ لأنه لا يتمّ به وحده، وإنما يتمّ بغيره، وربما لا يساعده الغير على البيع والشراء، وهذا كما تعلق تأكد حق المرأة في المهر بما في وسعها، وهو تسليم نفسها للوطء لا بحقيقة الوطء الذي ليس ذلك في وسعها، فكذا هذا.

قال القدوري: وسبيل النفقة إنما يحتسب من الربح إن كان، وإن لم يكن، فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك، والأصل في الهالك أن ينصرف إلى الربح، ولأنه[1] متى جعلناها من رأس المال خاصة، أو في نقص رب المال من الربح ازداد نصيب المضارب من الربح على نصيب رب المال.

١٨١٨٧ - ولو نوى المضارب الإقامة في مصر خمسة عشر يومًا، فله النفقة في مال المضاربة، ولا تبطل نفقته إلا بإقامته في مصره، أو في مصر يتخذه دارًا؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف، فهو يحتبس بمال المضاربة.

وأما إذا كان ذلك موطنًا له، فإنه متوطن بوطنه الأصلي، وكذلك إذا نوى التوطن في بلد آخر، فلا يستوجب النفقة.

وما أطلق للمضارب من النفقة، فذلك على ما هو المتعارف بين التجار، فإن تجاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، وقد مرّ هذا، وسواء سافر برأس المال، أو بمتاع المضاربة؛ لأن السفر لأجل المال.

١٨١٨٨ - قال: ولو سافر المضارب بماله ومال المضاربة، أو بمالين لرجلين، فنفقته في المالين بالحصص؛ لأن السفر وجد لأجلهما، وإن كان أحدهما بضاعة، فنفقته في مال المضاربة؛ لأنه متبرع بالعمل في البضاعة، فلا يعتبر السفر في أعماله إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة، فينفق في مال نفسه دون البضاعة؛ لأنه ترك العمل في مال

---

(١) وفي الأصل: وهو "وأنه"، أو لا.

المضاربة ، وليس على رب البضاعة شيء إلا أن يكون إذن له ؛ لأنه متبرع .

١٨٦٨٩ - وإذا رجع المسافر إلى مصره ، ردّ ما فضل عنده من ثياب الكسوة والطعام إلى المضاربة ؛ لأن السفر قد انقطع ، فانقطعت نفقته .

١٨٦٩٠ - قال محمد رحمه الله في "الزيادات" : رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ، فاشترى المضارب بها جارية تساوي ألفي درهم ، واحتاجت الجارية إلى النفقة ، فإن نفقتها تكون على رب المال ، ولا تجعل على المضارب نفقة حصته .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أن النفقة على رب المال ، والمضارب على قدر ملكيهما ؛ لأنها مؤنة الملك ، فيتقدّر بقدر الملك ، وصار كالثمن والفداء ، وفي ظاهر الرواية فرق بين النفقة والثمن والفداء .

١٨٦٩١ - والفرق أن مؤنة الملك تبتنى على ملك متقرّر ، وملك المضارب في الربح غير متقرر ، وإنما يتقرّر بالقسمة[1] ، ألا ترى أن قيمة الجارية إذا صارت ألفًا كانت ملكًا له رب المال خاصّة ، ولم يكن للمضارب فيها شيء ، فثبت أنه ليس له ذلك ، بخلاف الفداء والثمن ؛ لأن بالفداء تخرج الجارية من المضاربة ، وتصير كالقسمة ، فيتقرر ملكه ، وكذا بضمان الثمن يخرج نصيبه أيضًا عن المضاربة ، فتصير كالقسمة ، فيتقرّر ملكه ، فوجد شرط وجوب الثمن والفداء .

أما بالنفقة فلا تخرج الجارية عن المضاربة ، وحال قيام المضاربة لا يظهر الملك في الربح بصفة التقرّر قبل القسمة ، فيؤدي إلى إيجاب نفقة ملك الغير ، وإنه محال ، أما ملك رب المال في الجارية متقرّر في الأصل ، والربح تبع الأصل ، فيستقيم إيجاب النفقة عليه ؛ لأنه إيجاب على المالك على كل حال ، فلا يؤدي إلى المحال ، ولأنا إذا جعلنا نفقة الربح على المضارب ، صار غرمًا محضًا ؛ لأن النفقة لا تقابل ملكه حتى يصير بذلك مستخلصًا له ، فيجعل له عوض من وجه ، وهذا لأن النفقة ليست ببدل عن الرقبة ، إنما هي للتمكّن من الانتفاع ، ولهذا تجب نفقة العبد الموصى بخدمته على الموصى له بالخدمة ، لا على مالك الرقبة .

وكذلك نفقة المستعار على المستعير بخلاف الفداء والثمن ؛ لأن كل واحد منهما

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف" ، وكان في الأصل و"م" : بالقيمة .

مقابل بمنكه؛ لأنه بدل عن الرقبة، ألا ترى أنه يصير مستخلفاً ملكه في الربح، فيكون بدلاً، فلا يكون غرماً محضاً، بخلاف النفقة، ألا ترى أن النفقة قد تكون دراهماً نصاعداً، فكيف يملك به ربح الجارية، وليس للمضارب أصل مال يلحق به النفقة، فكان غرماً محضاً بخلاف رب المال؛ لأن له أصل مال يلحق ما كان في توابع التجارة، والنفقة من توابع التجارة حتى يلحق بالثمن في بيع المرابحة، ألا ترى أن المضارب يملك الإنفاق على هذه الجارية من مال المضاربة، فلم يكن غرماً محضاً في حق رب المال، بل يلحق برأس المال، فكان إيجابها عليه أولى هذه الجملة في "الزيادات".

وذكر هذه المسألة في "القدوري": وقال: الحاصل من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن النفقة عليهما.

وقال محمد رحمه الله: النفقة على رب المال، قال إبراهيم: وقد روى لنا عن أبي يوسف رحمه الله: أن النفقة عليهما على قدر حصتهما، ويخرج حصة النفقة من المضاربة.

وذكر في "المنتقى" بعد هذه المسألة بأسطر عن محمد رحمه الله: وقال: إذا أبى رب المال النفقة، فالنفقة عليهما أرباعاً.

١٨١٩٢ - قال في "الزيادات" وفي "القدوري": والجعل في هذا نظير النفقة على الخلاف، حتى إن عبد المضاربة إذا أبق ورده رجل من مسيرة السفر؛ فالجعل على رب المال عند محمد، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما ذكره القدوري: الجعل عليهما أرباعاً.

فرع في "القدوري" على مسألة الجعل:

١٨١٩٣ - فقال على قول أبي حنيفة رحمه الله: يخرج العبد عن المضاربة، ويجبر كل واحد منهما على أن يعطي حصته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصة، فقد تعين حق كل واحد منهما، ولن يتعين حق المضاربة في الربح إلا بعد تعين رأس المال، وكان هذا قسمة.

وعن أبي يوسف : أنه لا يحتسب بالجعل في بيع المرابحة ، ويحتسب فيما بين المضارب ورب المال ، فإن كان هناك ربح ، فالجعل فيه ، وإلا فهو من رأس المال .

١٨١٩٤ - وإذا كانت المضاربة فاسدة ، فلا نفقة للمضارب في مال المضاربة ؛ لأن المضارب في هذه الصورة أجير ، والأجير لا يستحق النفقة على المستأجر .

١٨١٩٥ - وإذا اشترى المضارب بألف المضاربة ، وبألف من عنده عبداً ، وأنفق عليه ، فهو متطوع ، فإن رفع الأمر إلى القاضي ، أمره بالنفقة ، ويكون ذلك قسمة ، لأنه لما أمره بالنفقة على نصيب الغائب ، فقد أفرز نصيبه ، وهذا منه قسمة .

الفصل السادس عشر
في بيع المضارب مال المضاربة مرابحةً

١٨٦٩٦ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»[1]: إذا باع المضارب المتاع مرابحة بعد ما أنفق حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وغيره، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه، يريد بهذا أن من دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فسافر المضارب بالمال، فأنفق على نفسه في كسوته وطعامه وركوبه، ودهنه وغسل ثيابه، وما لا بدّ له منه نفقة تبلغ مائة درهم، ثم قدم بمتاع، وقد اشتراه بألف درهم، فأراد أن يضمّ ما أنفقه على نفسه إلى الألف التي هي ثمن المتاع، ويبيعه مرابحة على ألف ومائة ليس له ذلك من غير بيان، وإنما يبيعه مرابحة على الألف الذي اشتراه بها.

١٨٦٩٧ - ولو اشترى متاعًا للمضاربة، فأنفق في حمله، أو اشترى عبيدًا للمضاربة، فأنفق عليهم في كسوتهم وطعامهم، وما لا بدّ لهم منه نفقة مثله، ثم أراد أن يضمّ ذلك إلى الثمن، ويبيع المرابحة على الكل من غير بيان كان له ذلك، والأصل في جنس هذه المسائل: أن كل مؤنة ونفقة تعارف التجار إلحاقها برأس المال، كان للمضارب أن يضمّ ذلك إلى رأس المال، ويبيعه مرابحةً بالكل من غير بيان، وكل مؤنة ونفقة لم يتعارف التجار إلحاقها برأس المال فليس للمضارب أن يضمّها إلى رأس المال، ويبيعه مرابحة على الكل من غير بيان، ألا ترى أنه يضمّ أجرة السمسار ونحوها إلى رأس المال لما جرى التعارف به؛ قلنا: وقد تعارفوا إلحاق ما أنفق المضارب على المتاع برأس المال، وما تعارفوا إلحاق ما أنفق على نفسه برأس المال، فلا يلحق به.

والأصل الفقهي في ذلك أن كل ما يوجب زيادة في العين حقيقةً أو حكمًا، فهو بمعنى رأس المال، فيضم إليه، وكل ما لا يوجب زيادة في العين حقيقة أو حكمًا، فهو ليس في معنى رأس المال، فلا يضمّ إليه.

بيانه أنه إذا أصبغ الثوب أحمر، وقد كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، ثم

(١) وفي الأصل: «في الأصل» مكان: «في الجامع الصغير».

باع الثوب مرابحة باعه مرابحة على الثمن، وعلى ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصبغ أوجب زيادة في العين، وإذا ثبت هذا، فنقول: إذا اكترى للمتاع دواب يضم ذلك إلى رأس المال؛ لأن القيمة تزداد بالنقل، ولا يتهيأ النقل إلا بالكراء، فيوجب ذلك زيادة في العين حكما، فيوجب الضم، فأما ما أنفق على نفسه، فلا يوجب زيادة في الثمن لا حقيقة ولا حكمًا، فلا يجب الضم، وإذا وجب الضم يقول المضارب عند بيعه مرابحة: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا تحرزًا عن الكذب، وقد مر مثله في البيوع.

الفصل السابع عشر
في المضارب يشهد أنه يشتري لنفسه
وكان ذلك بعد الشراء، أو وقت الشراء

١٨٤٩٨ - ومن دفع إلى آخر مالا مضاربة، فاشترى بالمال جارية، ثم أشهد بعد ذلك أنه اشتراها لنفسه شراء مستقبلا بمثل ذلك المال، أو بربح، أو بوضيعة، وقد كان رب المال أذن له أن يفعل ذلك، أو لم يأذن[1]، فإن شراءه لنفسه باطل، ويكون على المضاربة حتى لا يحل للمضارب وطء هذه الجارية بعد الشراء لنفسه، وقول محمد رحمه الله: أشهد أنه اشترى لنفسه يحتمل وجهين: أحدهما: أن يشتري جارية للمضاربة من نفسه لنفسه بمثل الثمن الأول، أو بربح، أو بوضيعة من الثمن الأول، والثاني: أن يشتري الجارية ثانيا من البائع الأول لنفسه بمثل الثمن الأول، أو بأكثر، أو بوضيعة، فما قال محمد رحمه الله: يحتمل كلا الوجهين.

فإن كان أراد به الوجه الأول، فإنه لا يجوز، سواء اشتراها بمثل الثمن الأول أو بأكثر، أو بأقل، وأذن له رب المال بذلك أم لم يأذن له، وذلك لأن الواحد لا يلي العقد من الجانبين في البيع والشراء، إلا الأب في مال ولده على الاتفاق، والوصي في مال اليتيم على الاختلاف، وهذا ليس بأب، ولا وصي، فلا يجوز أن يكون بائعا ومشتريا بين الجانبين، كيف ما كان.

وإن أراد به الوجه الثاني فعلى ما عليه إشارة محمد رحمه الله لا يجوز أيضا؛ لأن محمدا رحمه الله لم يفصل.

ويحكى عن أبي القاسم الصفار، أنه كان يقول: متى اشتراه المضارب لنفسه ثانيا من بائع الجارية بربح، أو بوضيعة لا يتغابن الناس في مثلها، فإنه يجوز شراء المضارب لنفسه؛ لأن المشتري متى اشترى من البائع ثانيا بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل من الثمن

---

(١) وفي الأصل: لم يفعل ذلك أو لم يأذن.

أشهد عند الشراء لنفسه، فإنه يصير مشتريًا للموكل إلا أن يكون أذن له الموكل بعد التوكيل بأن يشتريه لنفسه إن شاء، أو اشترى لنفسه بألف درهم قبل إذن الموكل بمحضر منه؛ لأنه يريد إخراج نفسه عن الوكالة بإذن الموكل، أو بمحضره كالوكيل بشراء شيء بعينه، فكذا هذا.

فإن قيل: إنه يصير مشتريًا للمضاربة بإضافة الشراء إلى مال المضاربة، وذلك إنما يكون إذا صح إضافة الشراء إلى الدراهم، وإضافة الشراء إلى الدراهم لغو، حتى لو هلك الدراهم المشار إليها، فإنه لا يبطل الشراء، ولو دفع المشتري غيرها له ذلك، وإذا لغت الإضافة إلى الدراهم المشار إليها، صار كأنه اشترى ولم يضف إلى مال المضاربة، وأشهد أنه يشتريه لنفسه، وإن كان كذلك، صار مشتريًا لنفسه، فكذلك إذا لغت إضافة الشراء إلى الدراهم.

قلنا: الإضافة لغو في استحقاق الدراهم المشار إليها بعينها حتى كان للمشتري أن يدفع غيرها مثل المشار إليها كأنه لم يشر؛ لأنه فيما عدا استحقاق المشار إليه، اعتبرت الإشارة حتى لو كان المشار إليها دراهم وضحًا صح حتى يقع الشراء بدراهم وضح، ولو كانت مكسورة، يقع الشراء بمثل المشار إليه من الدراهم المكسورة، ولو لغت الإشارة أصلًا لكان ينصرف الشراء إلى نقد البلد، كما لو لم يشر أصلًا، فدل أن الإشارة معتبرة فيما وراء استحقاق المشار إليه بعينه من الأحكام، وأن يكون هذا الشراء داخلًا تحت المضاربة حكم آخر سوى استحقاق المشار إليه بعينه، فيكون للإضافة عبرة في حق هذا الحكم، وإذا اعتبر صار مشتريًا بمال المضاربة، والشراء بمال المضاربة داخل تحت المضاربة، فلا يملك المضارب هذا الشراء لنفسه إلا بعد إخراج نفسه عن المضاربة إلا أن يأذن له رب المال بعد المضاربة بأن يشتري لنفسه جارية بمال المضاربة، أو بمحضر من رب المال إن لم يكن أذن له بالشراء لنفسه بمال المضاربة، كما في الوكيل بشراء شيء بعينه، فههنا أيضًا: الشراء يكون للمضاربة إلا أن يكون أذن له رب المال بالشراء لنفسه، أو يكون الشراء بمحضر من رب المال، وأشهد المضارب أنه يشتريه لنفسه، فحينئذ يصير المضارب مشتريًا لنفسه، ويضمن ما نقده البائع من مال المضاربة لرب المال؛ لأنه قضى دينه من ماله بإذنه. والله أعلم.

الفصل الثامن عشر

في دفع المالين مضاربة على الترادف

١٨٢٤٠ - قال محمد رحمه الله : ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، ثم دفع إليه ألف درهم آخر مضاربة بالنصف أيضًا، فخلط المضارب الألف الأولى بالثانية، فالأصل في جنس هذه المسائل : أن المضارب متى خلط مال رب المال بمال رب المال لا يضمن، ومتى خلط مال المضاربة بمال نفسه، أو بمال غيره ضمن.

وهذه المسألة من الخاصة على ثلاثة أوجه : إما أن قال[1] رب المال في كل واحد من المضاربتين : اعمل فيه برأيك، أو لم يقل ذلك فيهما، أو قال له ذلك في إحداهما دون أخرى، فأما إن خلط المضارب مال المضاربة الأولى بالثانية قبل أن يربح في المالين، أو بعد ما ربح فيهما، أو بعد ما ربح في أحدهما دون الآخر، فإن قال له رب المال في المضاربتين جميعًا : اعمل فيه برأيك، فخلط أحدهما بالآخر، فإنه لا يضمن واحدًا من المالين سواء خلطهما قبل أن يربح في المالين، أو بعد ما ربح في المالين، أو بعد ما ربح في أحدهما دون الآخر؛ لأنه في بعض هذه الفصول خلط مال رب المال بمال رب المال، وإنه لا يوجب ضمانًا على المضارب، وإن لم يقل له : اعمل فيه برأيك، فإذا قال له : ذلك فيهما أولى، أن لا يضمن، وفي بعض هذه الفصول خلط مال رب المال بمال نفسه، وهو حصته من الربح إلا أنه أذن له رب المال بهذا الخلط لما قال له : اعمل برأيك.

ألا ترى أنه لو خلطهما بمال آخر خاص للمضارب لم يضمن، فلأن لا يضمن وقد خلطهما بمال مشترك بينه وبين رب المال، وهو حصته من الربح أولى.

وإن لم يقل له في المضاربين جميعًا : اعمل فيهما برأيك، فإن خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في واحد منهما، فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه خلط مال رب المال بمال رب المال، ولم يخلط بمال نفسه، ولا بمال غيره، فلا يضمن، ألا ترى أن المودع لو خلط إحدى الوديعتين بالأخرى، وكانتا لرجل فإنه لا يضمن، فالمضارب أولى، وإنه أعلى

(١) وفي م : بأن قال مكان إما أن قال.

حالا من المودع ، وإن خلطهما بعد ما ربح في المالين ، فإنه يضمن المالين جميعاً ، وحصة رب المال من ربح المالين قبل الخلط ، لأنه خلط كل واحد من المالين بمال مشترك بينه وبين رب المال ، فيضمن المالين جميعاً ، وحصة رب المال من ربح المالين ، واعتبر بما لو خلطهما المضارب بمال خاص لنفسه ، وهناك يضمن المالين جميعاً ، ويضمن حصة رب المال من ربح المالين ، فكذا إذا خلطهما بمال مشترك بينه وبين رب المال .

وأما إذا ربح في أحد المالين دون الآخر ، فإنه يضمن المال الذي لا ربح فيه ، ولا يضمن المال الذي فيه ربح . أما يضمن المال الذي لا ربح فيه ؛ لأنه خالص مال رب المال لا شركة للمضارب فيه ، وقد خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال ، وهو حصته من الربح الآخر ، فيضمن كما لو خلطه بمال خاص لنفسه ، ولا يضمن المال الذي ربح فيه ؛ لأنه لو ضمنه ، فإنما يضمن ؛ لأنه خلط المال الذي فيه ربح ببعض ماله ، فهو حصته من الربح ، أو يضمن ؛ لأنه خلط بالمال الذي لا ربح فيه ، ولا يجوز أن يضمن ؛ لأنه خلط المال الذي فيه ربح بحصته من الربح ؛ لأن هذا خلط تضمن عقد المضاربة ؛ لأنه إنما دفع المال إليه مضاربة ليربح ، ومتى ربح اختلط ربحه برأس المال لا محالة ، ولا يجوز أن يضمن المال الذي فيه ربح ؛ لأنه خلط بالمال الذي لا ربح فيه ؛ لأن ثلاثة أرباع المال الذي فيه ربح مال رب المال ، وقد خلط بمال رب المال ، وقد ذكرنا أن المضارب متى خلط مال رب المال بعضه ببعض ، فإنه لا يضمن ثلاثة أرباع المال الذي فيه ربح بخلطه بالمال الذي لا ربح فيه ، والربع من ذلك حصة المضارب من الربح ، فيكون ملكاً له ، ولا يضمن الإنسان مال نفسه لنفسه ، فلهذا قالوا : بأنه يضمن المال الذي لا ربح فيه ، ولا يضمن المال الذي فيه ربح .

هذا إذا لم يقل له فيهما : اعمل فيه برأيك ، فأما إذا قال له في إحدى المضاربتين : اعمل فيه برأيك ، ولم يقل له : ذلك في الأخرى ، فإن قال له في المضاربة الأولى : اعمل فيه برأيك ، ولم يقل له : ذلك في المضاربة الثانية ، فخلط مال المضاربة الأولى بالثانية .

فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه : أما إن خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في أحد المالين ، أو بعد ما ربح في أحد المالين ، أو بعد ما ربح في مال الأولى ، ولم يربح في مال الثانية ، أو بعد ما ربح في مال الثانية ، ولم يربح في الأولى ، وفي الوجهين منهما

يضمن مال الثانية الذي لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، ولا يضمن مال الأول.
أحدهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعدما ربح في المالين جميعًا.

أما لا يضمن مال الأولى في هذا الوجه؛ لأنه خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال، وهو حصته من الربح من مال الثانية؛ لأنه مأمور بالخلط في الأولى، ألا ترى أنه لو خلط مال الأولى بمال خاص لنفسه لم يضمن، فكذا إذا خلط بمال مشترك بينه وبين رب المال. ويضمن مال الثانية؛ لأنه خلط بحصته من الربح من مال الأولى، ولم يؤذن له بالخلط في مال الثانية، فإنه لم يقل له فيها: اعمل فيه برأيك، فيضمن، كما لو خلط بمال نفسه.

والوجه الثاني: إذا خلط أحدهما بالآخر، وقد ربح في مال الأولى الذي قال له فيها: اعمل فيه برأيك، وفيه لا يضمن المال الأولى؛ لما ذكرنا، ويضمن المال الثاني؛ لأنه خلطه بمال مشترك بينه وبين رب المال، وهو حصته من ربح مال الأولى، ولم يؤذن له بالخلط في الثانية، فيضمن كما لو خلط بمال خاص لنفسه. وفي وجهين منهما لا يضمن لا المال الأول ولا الثاني، أحدهما إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في واحد من المالين؛ لأنه لم يقل له فيهما: اعمل فيه برأيك لم يضمن إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في واحد من المالين، فلأن لا يضمن وقد قال في المضاربة الأولى: اعمل فيه برأيك أولى وأحرى، وكذلك إن ربح في مال الثانية الذي لم يقل له فيها: اعمل فيه برأيك، ولم يربح في مال الأولى الذي قال له فيها: اعمل فيه برأيك، وهو الوجه الثاني لا يضمن واحدًا من المالين.

أما المال الأول فلما(١) ذكرنا أن رب المال أذن له بالخلط في المال الثاني، لكنه خلط المال الثاني بمال رب المال، وإنه لا ربح في المال الأول، وكان خالطًا المال الثاني بمال خاص لرب المال، وإنه لا يوجب الضمان.

١٨٤٠١ - هذا إذا قال له في المضاربة الأولى: اعمل فيه برأيك، ولم يقل ذلك في الأولى، فالمسألة لا تخلو عن أربعة أوجه أيضًا على ما بينا، وفي وجهين منها. وهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعدما ربح في المالين جميعًا، أو بعدما ربح في مال

---

(١) في الأصل: فيما.

الثانية الذي قال له : اعمل فيه برأيك ، ولم يربح في مال الأولى الذي لم يقل له : اعمل فيه برأيك ، يضمن مال الأولى ، ولا يضمن مال الثانية ؛ لما قلنا في المسألة الأولى .

وفي وجهين منها ، وهما ما إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في المالين ، أو ربح في مال الأولى ، ولم يربح في مال الثانية ، فإنه لا يضمن شيئاً لا مال الأولى ، ولا مال الثانية .

مستوفياً رأس المال؛ لأن نصيبه حينئذ حقه باعتبار المالية، وقد صار مستهلكاً إياه بالإعتاق، فصار مستوفياً رأس المال به، بخلاف ما لو مات رب المال؛ لأنه بموته لا يصير مستوفياً رأس المال، وإن مال المضاربة على حاله لم يقبضه رب المال ولا وكيله، فأما هنا بالإعتاق: فقد استهلك مال المضاربة، فصار قابضاً رأس المال، فيبقى الحجر حكماً لاستيفاء رب المال، وهذا جائز بالبيع من رب المال، فيجوز بالإعتاق، وبطلت المضاربة؛ لأن مال المضاربة هلك، ولم يخلف بدلاً، وإن رب المال لا يضمن قيمة العبد؛ لأنه أعتق ملك نفسه. فلو ضمن، ضمن لنفسه، وهذا لا يجوز، وإذا لم يجز أن يضمن رب المال قيمة العبد، فقد هلك مال المضاربة، ولم يخلف بدلاً، فانتقضت المضاربة كما لو مات العبد.

فإن قيل: رب المال إن أعتق ملك نفسه، فللمضارب في العبد حق مستحق، وهو حق البيع حتى يظهر الربح، ولهذا قلنا: رب المال لو نهاه عن البيع لا يعمل نهيه. فدل أن للمضارب في العبد حقاً مستحقاً، وهو حق البيع، وقد أتلف رب المال حق المضارب في هذا العبد، فيجب أن يضمن فيه حقاً للمضارب إن لم يضمن لنفسه كالراهن إذا أعتق العبد المرهون، والدين مؤجل، ضمن قيمته حقاً للمرتهن، وإن كان العبد ملكاً للراهن، فكذلك هذا. إلا أن الجواب عنه، وهو الفرق بين حق المرتهن وبين حق المضارب أن الراهن لا يملك إبطال حق المرتهن عن الرهن بالبيع، فلم يملك إبطال حقه بالإعتاق بغير عوض، فأما رب المال: فيملك إبطال حق المضارب في البيع بغير رضاه بالبيع، حتى يصل إلى رأس المال، فإنه لو باع رب المال هذا العبد بمثل القيمة، أو بمقداره برأس المال جاز، فيملك الإبطال بالإعتاق أيضاً من غير عوض.

١٨٢٠٣ - ولو كان المضارب اشترى بخمسمائة من ألف المضاربة عبداً يساوي ألفاً، فأعتقه، فهو ضامن للمال في قولهم جميعاً، وإن كان على رأس المال فضل خمسمائة درهم، وذلك لأن الأصل عندهم أن مال المضاربة، إذا كان من جنسين مختلفين، وقيمة كل واحد من الجنسين مثل رأس المال، فإنه يعتبر كل واحد من المالين مشغولاً بجميع رأس المال، كأنه ليس معه غيره، ولا يعتبر رأس المال شائعاً في المالين، ويكون كل واحد منهما مشغولاً برأس المال، فيبقى الفضل من كل واحد منهما فضلاً على رأس المال، فيظهر الربح، ولهذا قالوا: بأن مال المضاربة إذا كان عبداً وثوباً،

قيمة كل واحد منهما ألف ، ورأس المال ألف ، فإنه يعتبر كل واحد مشغولاً بجميع رأس المال كأنه ليس معه غيره ، ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما ، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولاً بنصف رأس المال ، ونصفه ربحًا ، حتى قالوا : إذا حال الحول على المال ، لا يجب على المضارب زكاة الربح ، وإذا كان ثوبين من جنس واحد ، وقيمة كل واحد منهما ألف ، ورأس مال المضاربة ألف ، فإنه يعتبر رأس المال شائعًا ، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولاً برأس المال ، ونصفه ربحًا ، حتى قالوا : إذا حال الحول ، كان على المضارب زكاة الربح ، وإنما فعلوا هكذا

وذلك لأنا لو اعتبرنا رأس المال شائعًا في الجنسين المختلفين ، إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال يؤدي ذلك إلى أمر غير مشروع ، وذلك لأنه متى هلك أحد المالين بعد ذلك ، وبقي الآخر ، فإن لم ننقل حق رب المال في رأس المال الهالك بسبب مخالفة الجنس ، ويبقى حقه في القائم بقدر النصف ، وإن نقل حق رب المال في رأس المال إلى المال القائم ، ويجعل المال القائم مشغولاً بجميع رأس المال ، وكلا الأمرين غير مشروع ؛ لأنا لم ننقل حق رب المال في رأس المال إلى العين القائم ، ولم يجعل المال القائم مشغولاً بجميع رأس المال ، وكان للمضارب ربع المال القائم ، فيؤدي إلى أن يصير المضارب مستوفيًا للربح قبل أن يستوفي رب المال رأس المال بتمامه ، وهذا غير مشروع

وإن نقلنا حق رب المال في رأس المال إلى القائم ، وجعلنا المال القائم كله مشغولاً برأس المال ، نقلنا حق رب المال من جنس إلى جنس آخر بغير رضا المضارب ، وإنه غير مشروع ، ألا ترى أن العبد والثوب إذا كانا بين اثنين ، فأراد أحدهما أن ينقل حقه من الثوب إلى العبد بغير رضا الآخر ، لا يكون له ذلك ، وإذا كان جعل رأس المال شائعًا في المالين ، يؤدي إلى أمر غير مشروع ، لم يجعل رأس المال شائعًا في المالين ، بل جعلنا كل واحد مشغولاً بجميع رأس المال ، كأنه ليس معه غيره ، وعند ذلك لا يظهر الربح ، وإذا كان المال من جنس واحد متى اعتبرنا رأس المال شائعًا في المالين ، وجعلنا نصف كل واحد مشغولاً بنصف رأس المال ، والنصف ربحًا متى هلك أحد المالين بعد ذلك لا يؤدي إلى أمر غير مشروع ؛ لأنا إن نقلنا حق رب المال من رأس المال إلى العين القائم ، وجعلنا العين القائم مشغولاً بجميع رأس المال ، حتى لا يصير المضارب مستوفيًا للربح قبل أن يستوفي رب المال ، كان له فيه نقل حق رب المال من جنس إلى جنس مثله بغير

رضا المضارب، وهذا مشروع.

ألا ترى أنه إذا كان ثوبين بين رجلين أراد أحدهما أن ينقل حقه من أحدهما إلى الآخر، ويجمع نصيبه في أحدهما بغير رضا الآخر، وطلب القسمة من القاضي، كان له ذلك.

فإذا ثبت هذه الأصول عندهم جميعًا، نقول: بأن مال المضاربة هنا جنسان مختلفان دراهم وعبد، فالعبد مع الدراهم جنسان مختلفان، فيعتبر كل واحد من المالين مشغولا برأس المال، كأنه ليس معه غيره، ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما، وإذا اعتبر العبد كله مشغولا بجميع رأس المال، كأنه ليس مع العبد غيره، لم يظهر الربح في العبد، فكان العبد كله ملك رب المال، فلا ينفذ عتق المضارب.

فإن قيل: متى اعتبر كل واحد من المالين مشغولا بجميع رأس المال، صار رأس مال المضاربة ألفي درهم، وكل واحد من المالين ألف، وهذا غير مشروع.

قلنا: متى يجعل كل واحد من المالين مشغولا بجميع رأس المال، ثم يجعل لرب المال الاستيفاء من أحدهما، فلا يزداد حقه في رأس المال، وهذا كالدين إذا كان به كفيل، صار كل واحد منهما مطالبًا بجميع الدين، ثم لا يستوفي جميع الدين إلا من أحدهما، فيصير محلان لحق واحد على أن يصح حق الاستيفاء من أحدهما، وهذا مشروع.

أما استيفاء الربح قبل أن يستوفي رب المال رأس المال بتمامه، أو نقل الحق من جنس إلى آخر بغير رضا أحدهما، فهذا غير مشروع من الوجه الذي بينا.

ولو كان رب المال هو الذي أعتق العبد جاز إعتاقه؛ لأن جميع العبد ملكه، وصار به مستوفيًا رأس ماله بتمامه، بقي خمسمائة ربحًا، فتكون بين المضارب وبينه نصفين، ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بالألف عبدًا يساوي ألفي درهم، فأعتقه المضارب، فإن إعتاقه جائز في ربع العبد؛ لأن مال المضاربة جنس واحد من حيث الحقيقة والمعنى، فيعتبر نصف العبد مشغولا برأس المال والنصف ربحًا، ولا يعتبر كل نصف منه مشغولا برأس المال، كما لو كان مال المضاربة مكيلا أو موزونًا، قيمته ألفا درهم، ورأس المال ألف درهم، وهناك يعتبر النصف مشغولا برأس

المال، والنصف ربحاً، فكذا هذا، وإذا اعتبر النصف ربحاً، كان للمضارب ربع العبد، فهذا رجل أعتق عبداً له ربعه، وللآخر ثلاثة أرباعه، فإن كان المضارب موسراً، فلرب المال خيارات ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان معسراً، فله خياران على ما عرف في كتاب العتاق.

وعندهما: يعتق العبد كله، موسراً كان المضارب أو معسراً، إلا أنه إذا كان موسراً، فإنه يضمن لرب المال قيمة ثلاثة أرباع العبد، نصف العبد رأس ماله، والربع حصته من الربح. وإن كان معسراً، سعى العبد في ثلاثة أرباعه لرب المال، ويكون الولاء كله للمضارب في الحالين عندهما على ما عرف في العتاق.

فإن قيل: العبد الواحد وإن كان جنساً واحداً إلا أنه من حيث الحكم بمنزلة أجناس مختلفة، فإنه مما لا يحتمل القسمة كالأجناس المختلفة.

قلنا: إنما لم يحتمل القسمة لا لاختلاف الجنس، بل لأنه من الإتلاف، فإنه متى جزأ العبد من حيث الحقيقة تلف، فلا يفيد القسمة؛ لأنها لتحصيل المنفعة، فأما حقيقته في ذاته جنس واحد.

١٨٢٠٤ - هذا إذا اشترى المضارب بجميع الألف عبداً يساوي ألفين، فأما إذا اشترى بخمسمائة منها عبداً يساوي ألفين، فأعتقه المضارب، جاز إعتاقه، وإن كان مال المضاربة من جنسين مختلفين دراهم وعبيد، ومال المضاربة متى كان من جنسين مختلفين، يصير كل واحد مشغولاً بجميع رأس المال، كأنه ليس معه غيره، إلا أنه متى لم يكن مع العبد خمسمائة، وكانت قيمته ألفي درهم ورأس المال ألف درهم، يظهر الربح بخلاف ما لو كانت قيمة العبد ألف درهم؛ لأنا متى جعلناه كأنه ليس معه غيره لا يظهر الربح، وإذا ظهر الربح ههنا، فالمضارب أعتق هذا العبد، والربع ملكه، فهذا عبد بين شريكين لأحدهما ربعه، وللآخر ثلاثة أرباعه، وقد أعتقه صاحب الربع، فينفذ إعتاقه عندهم جميعاً.

وإذا صح إعتاق المضارب، نقول: بأن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يستوفي رب المال الخمسمائة القائمة في يد المضارب برأس ماله؛ لأن رب المال أبداً يستوفي رأس ماله من أقرب مال يجده، وأقرب مال يجده رب المال من مال المضاربة ههنا الخمسمائة

الباقية في يد المضارب ، فيستوفيها برأس ماله ، وإذا استوفاها برأس ماله ، صار المملوك للمضارب من العبد قدر سبعمائة وخمسين درهمًا ؛ لأنه بقي إلى تمام رأس المال خمسمائة ، فبقي الربح من العبد ألف وخمسمائة بينهما نصفان لكل واحد منهما سبعمائة وخمسون ، فقد حدث للمضارب زيادة ملك في العبد ، لم يكن ملكًا يوم أعتق ، ولا يعتق ما حدث له من الزيادة في العبد على قول أبي حنيفة رحمه الله .

وإذا لم يعتق ما حدث له من الزيادة في العبد على قوله ، نقول بعد هذا : بأن المضارب متى كان موسرًا فلرب المال خيارات ثلاثة ، إن شاء ضمن المضارب ألفًا ومائتين وخمسين درهمًا ؛ لأن حصة رب المال ألف ومائتان وخمسون ، خمسمائة رأس ماله ، وسبعمائة وخمسون حصة من الربح ، ثم كان للمضارب بالضمان من جهة رب المال ، وقد حدث له زيادة ملك في العبد بقدر مائتين وخمسمائة بعد ما أعتق ، فيكون جملة ذلك ألفًا وخمسمائة ، فكان للمضارب أن يستسعي العبد في ذلك ، ويكون الولاء كله للمضارب ؛ لأن العبد كله عتق من جهة المضارب ، وإن شاء رب المال استسعى العبد في ألف ومائتين وخمسين ؛ لأن المملوك له من العبد هذا القدر ، وللمضارب أن يستسعي العبد في مائتين وخمسين إن شاء ، وإن شاء أعتق هذا القدر من العبد ؛ لأنه حدث له هذه الزيادة في العبد بعد ما أعتق العبد ، وما يملك المعتق بعد العتق من الزيادة ، فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله ، ويكون الولاء بينهما على ثمانية أسهم : خمسة أسهم لرب المال ، وثلاثة أسهم للمضارب ؛ لأنه عتق من جهة رب المال من العبد خمسة أسهم ، ومن جهة المضارب ثلاثة أسهم ؛ لأن حق رب المال في العبد في ألف ومائتين وخمسين ، وحق المضارب في سبعمائة وخمسين ، فصار حق رب المال في خمسة أسهم ، وحق المضارب في ثلاثة أسهم ، وإذا أعتق من جهة رب المال خمسة ، ومن جهة المضارب ثلاثة ، كان الولاء بينهم على هذه السهام الثمانية أيضًا ، وإن شاء رب المال أعتق نصيبه ، وعند ذلك يعتق من العبد خمسة أسهم ، وذلك ألف ومائتان وخمسون ، وبقي للمضارب خيار في قدر سهم واحد ، وهو ما حدث له من الزيادة بعد العتق ، فإن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى ، وأي ذلك فعل كان الولاء بينهما على ثمانية أسهم ، وإن كان المضارب معسرًا ، فلرب المال خياران ، إن شاء استسعى العبد في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق هذا القدر من العبد .

ويكون للمضارب الخيار فيما حدث له من الزيادة، ويكون الولاء بينهما على نسبة أسهمهم من الوجه الذي ذكرنا، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لما أعتق المضارب العبد، والربح ملكه عتق كله على المضارب؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما، ثم يستوفي رب المال الخمسمائة الثابتة في يد المضارب برأس ماله؛ لأنه أقرب مال يجده، ثم يضمن المضارب إن كان موسراً ألفاً ومائتين وخمسين؛ لأن هذا القدر حصة من العبد، وإذا ضمن لا يرجع المضارب على العبد، وإن كان المضارب معسراً، فإن رب المال يستسعي العبد في ألف ومائتين وخمسين، ويكون الولاء كله للمضارب؛ لأن جميع العبد عتق من جهة المضارب.

١٨٢٠٥ - وإذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها المضارب عبدين كل واحد منهما يساوي ألف درهم، فأعتقهما المضارب جملة، فهذا الإعتاق باطل فيهما، وهما على المضاربة على حالهما.

وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الرقيق عنده أجناس مختلفة، فصار كل واحد من العبدين مشغولاً برأس المال؛ لما كان قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال، فلا يظهر الربح.

وكذلك الجواب عندهما على رواية هذا الكتاب؛ لأن على رواية هذا الكتاب الرقيق عندهما أجناس مختلفة حتى إن الرقيق إذا كان بين اثنين، فطلب أحدهما من القاضي القسمة، وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسم بينهما، ولا يجمع نصيب كل واحد منهما في البعض، إلا أن يرى الصلاح في القسمة، فأما على رواية كتاب العين والدين، وعلى رواية كتاب الصوم، فالرقيق عندهما جنس واحد قبل رؤية القاضي الصلاح في ذلك كالدواب والثياب، فإنه قال في كتاب العين والدين: إذا أوصى بثلث ثلاثة أعبد لرجل، وقيمتهم على السواء، ثم هلك اثنان من العبيد، أو استحقا، وبقي عبد واحد، ثم مات الموصي.

ذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يسلم للموصى له جميع العبد الباقي، وإن كان يخرج من ثلث ماله، وإنما يسلم له ثلث العبد الباقي، كما لو أوصى بثلث عبد

وثلث كرّ حنطة، وثلث ثوب، وقيمة الكل على السواء، ثم استحق الكرّ والثوب، وبقي العبد، فإن ثمة يعطى الموصى له ثلث العبد، لا كله عندهم جميعًا، فكذا في العبد عنده.

وقالا: يعطى الموصى له جميع العبد الباقي إذا كان يخرج من ثلث المال، كما لو أوصى بثلاثة أكرار حنطة، ثم هلك الكران، أو استحقا، وبقي الباقي، فإنه يعطى الموصى له جميع الكرّ الباقي، إذا كان يخرج من الثلث، فقد جعلا الرقيق على رواية كتاب العين والدين جنسًا واحدًا قبل رؤية القاضي الصلاح في القسمة، والجمع في حق الوصية، فكذا في حق المضارب ينبغي أن يعتبر جنسًا واحدًا.

وكذلك ذكر في بعض روايات كتاب الصوم: أن العبيد والإماء إذا كانوا بين اثنين، فمضى يوم الفطر، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب على أحد منهما صدقة الفطر، وعلى قولهما: يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر، واعتبرا نصيب كل واحد منهما مجتمعًا في البعض قبل رؤية القاضي الصلاح في ذلك، فعلى رواية كتاب العين والدين، وعلى رواية كتاب الصوم يكون مال المضاربة جنسًا واحدًا عندهما، فيصير رأس المال شائعًا فيهما، فيصير كل عبد مشتركًا بين رب المال والمضارب، للمضارب ربعه، ولرب المال ثلاثة أرباعه، نصفه رأس المال، وربعه حصة من الربح، ويكون الجواب عندهما على هذه الرواية، كالجواب في عبدين بين اثنين لأحدهما ثلاثة أرباع كل واحد منهما، وللآخر ربع كل واحد منهما، وقد أعتقهما صاحب الربع معًا، أو متفرقًا، وثمه عتق العبدان جميعًا عندهما، وضمن المعتق قيمة ثلاثة أرباع كل واحد من العبدين لصاحبه، إن كان موسرًا من غير خيار، ولا يرجع بذلك على العبد، وإن كان معسرًا، استسعى العبد في ثلاثة أرباعه، وكان ولاء العبدين جميعًا للمعتق عندهما، فكذا هذا.

١٨٢٠٦ - هذا إذا أعتقهما المضارب، وإذا أعتقهما رب المال، فهذا على وجهين: إما أن أعتقهما معًا بكلمة واحدة أو متفرقًا بكلمتين، فإن أعتقهما معًا بكلمة واحدة عتقا جميعًا، وضمن رب المال خمسمائة للمضارب حصته من الربح، موسرًا كان أو معسرًا، ولا يرجع رب المال بذلك على العبد.

وهذا الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله . لا يشكل ؛ لأن على قوله : كل واحد من العبدين مشغول برأس المال ، إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال على ما بينا .

وإذا اعتبر مشغولا برأس المال كان العبدان جميعًا ملك رب المال ؛ لأن رأس المال ملكه ، وقد أعتقهما ، فينفذ إعتاقه فيهما ، ولا يجب على العبد سعاية ؛ لأن كل واحد من العبدين ملك المعتق على الكمال ، ويضمن رب المال للمضارب حصته من الربح خمسمائة ، موسرًا كان أو معسرًا .

فإن قيل : يجب أن لا يضمن رب المال للمضارب شيئًا ؛ لأن كل واحد من العبدين بكماله ملك رب المال لا شركة للمضارب فيهما ، حتى قلنا : لا ينفذ إعتاق المضارب فيهما ، وإذا لم يكن للمضارب شركة في العبدين ، فكانا بكمالهما ملك رب المال ، فلأيّ معنى يضمن رب المال للمضارب شيئًا؟

قلنا : لا شركة للمضارب حال وقوع العتق ؛ لأن حال وقوع العتق لا يكون رب المال مستوفيًا رأس المال ، وما لم يستوف رب المال رأس ماله لا يثبت للمضارب شركة في الربح ، وإنما صار رب المال مستوفيًا رأس ماله بعد تمام العتق ، فإذا لم يكن للمضارب شركة قبل استيفاء رب المال رأس ماله ، نفذ إعتاقه فيهما مجانًا من غير سعاية ، ولم ينفذ إعتاق المضارب إلا أنه بعد العتق ثبت للمضارب شركة في الربح ؛ لأن رب المال بعد الإعتاق صار مستوفيًا لألفي درهم ، فتكون ألف منهما رأس المال ، وألف ربحًا .

١٨٢٠٧ - وإذا ثبت للمضارب شركة في الربح حين صار رب المال مستوفيًا رأس المال ، وقد استهلك رب المال حصته من الربح ، فيضمن حصته كما لو كان مال المضاربة ألفي درهم ، فأخذها رب المال ، واستهلكها ، وهناك يضمن للمضارب حصته من الربح ، وذلك خمسمائة ، وقد يجوز أن لا يكون للمضارب شركة في مال المضاربة قبل استيفاء رب المال رأس ماله ، ثم ثبت له الشركة إذا استوفاه رب المال ، ألا ترى أن المضارب إذا اشترى بخمسمائة من رأس المال عبدًا يساوي ألفًا ، وبقي في يده خمسمائة لا يكون للمضارب شركة ، لا في العبد ، ولا في الخمسمائة ، فكذا هذا .

١٨٢٠٨ - وألا ترى أن من أوصى لرجل بثلث ماله ، فمات وترك مالا وقصاصًا

لا يكون للموصى له شركة في القصاص حتى لو عفا لا يصح عفوه، ثم لو انقلب القصاص مالاً بأن عفا أحد الورثة ثبت له الشركة في بدله، فكذا هنا.

ثم يضمن رب المال موسراً كان أو معسراً، ولا يرجع على العبد؛ لأن ما وجب عليه من الضمان ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق؛ لأنه لم يكن للمضارب شركة في العبدين وقت إعتاق رب المال، حتى يكون الضمان ضمان عتق، وإذا لم يمكن أن يجعل ضمان عتق لانعدام الشركة وقت الإعتاق، وقد ثبت له الشركة بعد الإعتاق اعتبر ضمان استهلاك، وإنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يرجع فيه على أحد، وكان هذا بمنزلة المولى إذا أعتق عبده المديون، فإنه يضمن للغرماء، موسراً كان أو معسراً، ولا يرجع على العبد؛ لأنه ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق، وإنه لا شركة للغرماء في العبد، إنما لهم حق استيفاء الدين من ماليته، وقد استهلك المولى ذلك عليهم بالإعتاق فيضمن، موسراً كان أو معسراً.

١٨٢٠٩ - وكذلك الوارث إذا أعتق عبداً من التركة، وفيها دين مستغرق، فإنه يضمن قيمته للغرماء، موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان استهلاك، لا ضمان إعتاق، فإنه لا شركة للغرماء في العبد، فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يقال: بأن هذا ضمان استهلاك، وإنه وجب بسبب العتق يصير ضمان استهلاك لا ضمان عتق، إذا لم يكن لمن يجب له الضمان شركة في العبد وقت الإعتاق، كما قالوا: في المكره على العتق، إذا أعتق، رجع على المكره بحكم الاستهلاك لا بحكم العتق؛ لأن العتق غير منقول إلى المكره حتى لم يكن للمكره الولاء، فكذا ههنا جاز أن يكون هذا الضمان ضمان استهلاك، لا ضمان عتق، إذا لم يكن لمن وجب له الضمان شركة في العبد وقت إعتاق المولى.

فإن قيل: إذا اعتبر كل واحد من العبدين ملكاً لرب المال في حق نفاذ العتق، فهو في حق الزكاة يجب أن يعتبرا جميعاً ملكاً للمولى، ولم يعتبرا جميعاً ملكاً للمولى في حق الزكاة، حتى قالوا: يجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباع العبدين لا زكاة الكل.

قلنا: العبدان جميعاً ملكاً لرب المال لا شركة للمضارب فيه وقت إعتاق رب المال، إلا أنه إن لم يكن للمضارب شركة للحال، فهو بعرض أن يثبت له الشركة في

الثاني متى استوفى رب المال رأس ماله ، وإذا كان بعرض أن يثبت الشركة للمضارب في الثاني ، كان ملك رب المال في ذلك الربع ملكًا ناقصًا ؛ لأنه ربما يستحق عليه في الثاني ، فأشبه من هذا الوجه مال المديون بكفي لنفاذ العتق ، ولا يكتفي للزكاة ، لما كان يستحق على المديون في الثاني ، فكذا هنا ، هذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قولهما على رواية كتاب المضاربة .

فأما على رواية كتاب العين والدين والصوم ، فيصح إعتاق رب المال فيهما ، سواء أعتقهما معًا ، أو متفرقًا ؛ لأن رأس المال على رواية كتاب العين والدين يعتبر شائعًا فيهما عندهما ، فيكون نصف كل واحد منهما مشغولا بنصف رأس المال ، ونصفه ربحًا ، فكان ثلاثة أرباع العبدين لرب المال النصف رأس ماله ، والربع حصته من الربح ، وربع كل واحد من العبدين للمضارب ، وإذا كان كذلك كان الجواب عندهما فيه كالجواب في عبدين بين رجلين ثلاثة أرباع العبدين لأحدهما وربعهما للآخر ، وقد أعتق صاحب ثلاثة الأرباع العبدين جميعًا معًا أو متفرقًا ، ثمة يعتق كل واحد من العبدين ؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، ثم المعتق ضمن قيمة ربع العبدين للمضارب ، إذ كان موسرًا من غير خيار ؛ لأنه ضمان إعتاق ، فإن للمضارب شركة في العبدين وقت إعتاق المولى ، ولا يرجع به على العبد ، وإن كان معسرًا سعى كل واحد من العبدين في ربع قيمته للمضارب ، وكان ولاء العبدين للمعتق ، فكذا هذا .

فإن أعتق رب المال أحدهما قبل صاحبه ، فإن الأول حرّ لا سبيل عليه ، وولاؤه كله لرب المال في قول أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن الكل ملك رب المال ، وقد أعتق جميع العبد ، فيعتق مجانًا ، ولا يكون له على العبد سعاية ، فإنه أعتق الآخر بعد ذلك يعتق نصفه ، وذلك لأن رب المال لما أعتق أحدهما أولا صار مستوفيًا رأس ماله ؛ لأن ما يستوفيه رب المال من مال المضاربة ، يعتبر أولا من رأس ماله ، وإذا صار مستوفيًا رأس ماله بإعتاق الأول ، تعين الثاني ربحًا ، وصار بينهما أنصافًا ، فحين أعتق رب المال العبد الثاني أعتقه ، ونصفه للمضارب ، فيكون الجواب في العبد الثاني كالجواب في عبدين اثنين نصفان أعتقه أحدهما ، فكل جواب عرفته ثمة على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فهو الجواب في العبد الثاني عنده ههنا ، فقد اعتبر ما وجب من الضمان على رب المال في العبد الثاني متى أعتقهما رب المال متفرقًا ضمان عتق حتى قال : يختلف باليسار

والعسار، ويرجع بذلك رب المال على العبد في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقولهما إذا أعتقهما رب المال معًا لم يضمن على ما وجب من رب المال ضمان عتق، وإنما اعتبره ضمان استهلاك حتى قال: يضمن رب المال، موسرًا كان أو معسرًا، وإنما قلنا هكذا؛ لأنه متى أعتقهما معًا لم يكن للمضارب فيهما شركة وقت الإعتاق، فيعتبر ضمان استهلاك لا ضمان عتق، كما في العبد المديون والموروث، فأما إذا أعتقهما على التعاقب، فكان للمضارب شركة في العبد الثاني وقت إعتاق الثاني، ومتى ثبتت لمن يجب له الضمان شركة وقت الإعتاق يكون ضمان إعتاق.

وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فكذلك الجواب على رواية هذا الكتاب.

وأما على رواية كتاب العتق والدين، ورواية كتاب البيوع: فالمضارب شريك في العبدين جميعًا وقت إعتاق رب المال، فإن له الربع من كل واحد منهما؛ لأن رأس المال يعتبر ثلثًا بينهما على رواية كتاب العتق والدين والصرف، وإذا اعتبر رأس المال منقسمًا فيهما، كان الربع من العبدين ملك المضارب، وثلاثة أرباع العبدين لرب المال، ويكون الجواب فيه على قولهما كالجواب في العبدين بين اثنين ربعهما لأحدهما، وثلاثة أرباعهما للآخر، فأعتق الذي له ثلاثة أرباع العبدين متفرقًا، وهناك يعتق العبدان جميعًا، ويضمن لصاحب الربع ربع قيمة العبدين، إن كان موسرًا، ولا يرجع بذلك على العبدين، وإن كان معسرًا سعى كل واحد من العبدين في ربع قيمته، والولاء كله للمعتق في الحالين، هكذا هنا، فإن زادت قيمتهما، أو قيمة أحدهما بعد ذلك كان العتق باطلًا؛ لأنه حين أعتق، لم يكن للمضارب هنا فيهما شركة، إنما حدثت الشركة فيهما، أو في أحدهما بعد العتق، ونفاذ العتق لا يقف على ملك يحدث من بعد.

١٨٣٤٠ - وهذا إذا اشترى العبدين بألف درهم قيمة كل واحد منهما ألف، فأما إذا اشترى عبدين بألف درهم، قيمة أحدهما ألف درهم، وقيمة الآخر ألفا درهم، ثم إن المضارب أعتقهما معًا أو متفرقًا، وهو موسر، يقول على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يصح إعتاق العبد الذي قيمته ألف درهم، سواء أعتقهما معًا أو متفرقًا، إن أعتقهما معًا، فلا إشكال؛ لأن العبد الذي قيمته ألف درهم كله مشغول برأس المال، ليس في

وقد ذكرنا أن ما ملكه الثاني بعد الإعتاق، ولم يكن ملكه حال الإعتاق، فإن له أن يستسعي العبد في ذلك إن شاء، ولا يستسعيه في الربع الذي كان ملكه وقت إعتاقه، ويكون الولاء للمضارب؛ لأن الكل عتق من جهة المضارب.

١٨٢١٢ - هذا إذا اختار رب المال تضمين المضارب، فإن اختار سعاية العبد يستسعيه في نصف قيمته؛ لأن حصة رب المال منه النصف، ولم يعتق بإعتاق المضارب، ويستسعي المضارب العبد في حصته في الربع الذي ملكه بعد ما استوفى رب المال رأس ماله، ولا يستسعيه في الربع الذي كان ملكا له يوم العتق، ويكون الولاء بينهما نصفين؛ لأنه عتق من جهة كل واحد منهما نصفه، وإن اختار رب المال الإعتاق، فإن للمضارب أن يستسعي العبد في الربع الذي ملكه بعد ما استوفى رب المال رأس ماله، وإن شاء أعتق وأيًا ما فعل كان الولاء بينهما نصفان.

١٨٢١٣ - هذا الذي ذكرنا كله إذا كان المضارب موسرًا، فإن كان معسرًا، فإن العبد الذي قيمته ألف لا يعتق، أعتقهما معًا أو متفرقًا متعاقبًا، ويصح إعتاقه في الذي قيمته ألفا درهم بقدر الربع، أعتقهما معًا أو متفرقًا، وانفسخت المضاربة؛ لأنه خرج من أن يكون محلاً للتصرف، وبقي الآخر على المضاربة، فإن أراد رب المال أن يستوفي رأس ماله، فإن المضارب يبيع العبد الذي قيمته ألف درهم، ويوفي منه رب المال رأس ماله، فإذا باعه واستوفى رب المال رأس ماله خرج العبد الذي قيمته ألفان عن الشغل، وذلك كله ربحا بينهما نصفان. فقد أعتق المضارب منه لرب المال نصفه، وهو معسر، وكان لرب المال خيار إن شاء أعتق نصيبه، وهو النصف، وإن شاء استسعى في النصف، وللمضارب في الربع الذي ملكه بعد العتق، بعد ما استوفى رب المال رأس ماله خيار إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى؛ لأنه لم يكن مالكًا له يوم العتق إنما ملكه بعد ذلك.

١٨٢١٤ - وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى رواية هذا الكتاب: لا يصح إعتاق المضاربة في العبد الذي قيمته ألف؛ لأنه مشغول برأس المال كله، ولم يكن للمضارب فيه شركة يوم العتق، فلا يصح إعتاقه، أعتقهما معًا أو متفرقًا

وأما إعتاقه العبد الذي قيمته ألفان فجائز ؛ لأنه يوم أعتقه مشترك بينه وبين رب المال أرباعًا، فانتقضت المضاربة فيه ، وبقي العبد الذي قيمته ألف على المضاربة ، وإذا أراد رب المال أن يأخذ رأس ماله يبيع المضارب العبد الذي قيمته ألف على المضاربة ، ويستوفي رب المال رأس ماله من ثمنه ، وبعد ما استوفى رب المال رأس ماله من ثمنه ، صار العبد الذي قيمته ألفان كله ربحًا نصفه للمضارب ، ونصفه لرب المال ، فإن كان المضارب موسرًا ، ضمن لرب المال نصف قيمته ألفًا ، ولا يرجع المضارب به على العبد ؛ لأن الكل عتق على مذهبهما على المضارب ، ولهذا كان الولاء كله للمضارب ، وإن كان معسرًا سعى العبد لرب المال في نصف قيمته ، ولا يسعى للمضارب في شيء ؛ لأن الكل عتق عليه حين أعتقه لعدم تجزئ العتق عندهما ، والولاء كله في الحالين للمضارب .

١٨٢١٥ - هذا على رواية هذا الكتاب ، وأما على رواية كتاب العين والدين : فإن عتق المضارب في العبدين جائز ؛ لأن رأس المال يصير شائعًا في العبدين أثلاثًا على رواية كتاب العين والدين عندهما ، فكان ثلث كل واحد من العبدين مشغولًا برأس المال ، وثلثا كل واحد من العبدين فارغًا عن رأس المال ، فيكون ربحًا بينهما نصفان ، فصار لرب المال من كل عبد ثلثاه ، ثلثه رأس ماله ، وثلثه حصته من الربح ، وللمضارب من كل عبد ثلثه حصته من الربح .

١٨٢١٦ - وإذا كانت للمضارب شركة في العبدين بقدر الثلث ، نفذ إعتاقه فيهما عندهما ، أعتقهما معًا أو متفرقًا إلا أنه إن كان المضارب موسرًا ، يضمن ثلثي قيمة كل واحد من العبدين لرب المال من غير خيار ، ولا يرجع بشيء منه على العبد ، وإن كان معسرًا ، فإن رب المال يستسعي كل واحد من العبدين في ثلثي قيمته ، وليس للمضارب أن يستسعي أحدهما في شيء ، ويكون الولاء كله للمضارب .

١٨٢١٧ - هذا إذا أعتقهما المضارب ، فأما إذا أعتقهما رب المال ، فإن أعتقهما بكلمة واحدة ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : العبد الذي قيمته ألف حر كله من غير سعاية ؛ لأنه مشغول كله برأس المال ، ليس شيء منه فارغًا عنه ، فكان بتمامه ملكًا لرب المال ، ويعتق كله بإعتاقه إياه من غير سعاية ، والعبد الآخر عتق منه ثلاثة أرباعه لا غير ؛

لأن نصفه مشغول برأس المال، فيكون ذلك النصف ملكًا لرب المال، ونصفه فارغ من رأس المال، فكان ربحًا بينهما نصفان، وكان لرب المال ثلاثة أرباعه، وللمضارب ربعه، فعتق ما كان نصيب رب المال، ولم يعتق ما كان للمضارب؛ لأن العتق عنده يتجزأ.

١٨٢١٨ - وإذا أعتق العبد الذي قيمته ألف، وعتق من الآخر ثلاثة أرباعه، صار رب المال مستوفيًا من مال المضاربة ألفين وخمسمائة مستهلكًا للمال كله إلا أن ألفًا من ذلك رأس ماله، وألف درهم حصته من الربح؛ لأنه لما استوفى ألف درهم رأس المال، ظهر أن الربح كان ألفي درهم، فيكون نصفه لرب المال وخمسمائة من ذلك حصة المضارب، وقد استهلكها رب المال، فضمنها للمضارب، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان استهلاك لا ضمان إعتاق، فإن المضارب لم تكن مالكًا للربع[1] يوم أعتقه رب المال إنما حدث له الملك فيه بعد الإعتاق حين صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، والربع الآخر بقي ملكًا للمضارب، فيكون له خيارات ثلاثة فيما إذا كان رب المال موسرًا، إن شاء، ضمن رب المال قيمة هذا الربع خمسمائة، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، فإن اختار تضمين رب المال، وضمّنه قيمة هذا الربع خمسمائة، فلرب المال أن يستسعي العبد في الربع الذي كان ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، وإنما حدث له الملك فيه من بعد ذلك؛ لأن الربع الذي كان ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، صار ملكًا لرب المال من جهة المضارب بالضمان بعد العتق، فكان له أن لا يزيل ملكه عن هذا الربع مجانًا من غير سعاية.

فأما الربع الذي لم يكن ملكًا للمضارب يوم الإعتاق، وإنما حدث له الملك فيه من حين صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، فلم يملكه من جهة المضارب؛ لأن ذلك الربع عتق من جهة رب المال، وإذا عتق بإعتاقه لم يكن له أن يستسعي العبد فيه، ويكون الولاء كله لرب المال؛ لأن الكل عتق من جهته.

وإن اختار الاستسعاء، فإنه يستسعي العبد في الربع الذي كان ملكًا له يوم الإعتاق؛ لأن هذا الربع لم يعتق بإعتاق رب المال، وبقي ملكًا للمضارب، فكان له أن يستسعي العبد في ذلك، وليس له أن يستسعيه في الربع الذي لم يكن ملكًا له يوم

---

[1] هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"ب" و"م": لهما الربع.

الإعتاق، لأن ذلك الربع عتق من جهة رب المال من غير سعاية، فلا يكون للمضارب أن يستسعي العبد فيه، ويكون ولاء العبد الذي قيمته ألف درهم بينهما أرباعًا: ثلاثة أرباعه لرب المال، وربعه للمضارب؛ لأنه هكذا حصل العتق من جهتهما.

وإن اختار العتق، فإنه يعتق الربع الذي كان ملكًا له يوم إعتاق رب المال، ولا يعتق الربع الذي لم يكن ملكًا له يوم إعتاق رب المال؛ لأن ذلك عتق من جهة رب المال، وولاء العبد بينهما أرباعًا: ربعه للمضارب، والباقي لرب المال، هذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى على رواية هذا الكتاب: العبد الذي قيمته ألف حر كله؛ لأن جميعه مشغول برأس المال على هذه الرواية، وليس شيء منه فارغًا عن رأس المال، وكان كله ملكًا لرب المال، لا شركة للمضارب فيه، فقد أعتقه، فيعتق كله من غير سعاية، ويكون جميع ولائه له، والعبد الذي قيمته ألفا درهم، ثلاثة أرباعه لرب المال، وربعه للمضارب، وقد أعتقه رب المال، فعتق كله؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما.

١٨٢١٩ - وإذا أعتق العبدان، صار رب المال مستوفيًا رأس ماله، وذلك ألف درهم بإعتاق العبد الذي قيمته ألف درهم، وظهر أن العبد الذي قيمته ألفان، كان ربحًا نصفه لرب المال، ونصفه للمضارب؛ فيضمن رب المال للمضارب ألف درهم إن كان موسرًا، ولا يرجع به على العبد، وإن كان معسرًا، كان للمضارب أن يستسعي العبد في نصف قيمته، وولاء العبدين كله لرب المال على قولهما.

فأما على رواية كتاب العين والدين: رأس المال يكون شائعًا في العبدين أثلاثًا، فيكون ثلثا كل واحد من العبدين مشغولًا برأس المال، فيكون ملكًا لرب المال، وثلث كل عبد يكون فارغًا عن رأس المال، فيكون ربحًا بينهما، وكان لرب المال من كل عبد ثلثاه، وللمضارب ثلثه، فإذا أعتقهما رب المال، نفذ إعتاقه فيهما، وكان على رب المال قيمة ثلث كل عبد للمضارب إذا كان موسرًا، وإذا أدى لا يرجع به على العبد، وإذا كان معسرًا يسعى كل عبد في ثلث قيمته للمضارب، ويكون ولاء العبدين كله لرب المال.

وأما إذا أعتقهما رب المال متفرقًا أحدهما قبل صاحبه، فهذا على وجهين: إما إن

أعتق أولا ـ العبد الذي قيمته ألفان ، أو أعتق أولا الذي قيمته ألف ، فإن أعتق أولا الذي قيمته ألفان ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يعتق من الأول ثلاثة أرباعه ، ولا يعتق ربعه ؛ لأن نصفه مشغول برأس المال ، فيكون ملكا لرب المال ، ونصفه فارغ عن رأس المال فيعتق ، فيكون ربحا بينهما نصفان : لكل منهما الربع ؛ فكان لرب المال من الذي قيمته ألفان ثلاثة أرباعه ، والربع للمضارب ، وقد أعتقه رب المال ، فيعتق منه نصيبه ، ولا يعتق ربع المضارب منه ؛ لأن العتق عنده يتجزأ ، ويعتق من الذي قيمته ألف وقت الإعتاق النصف ؛ لأن رب المال بإعتاق الأول صار مستوفيا رأس ماله وزيادة ، فبقي العبد الآخر ربحا بينهما نصفان ، وكان لرب المال نصفه ، فحين أعتق رب المال العبد الثاني ، كان نصفه لرب المال ، والنصف للمضارب ، فيعتق نصف رب المال ، ولم يعتق نصف المضارب

١٨٢٢٠ - ثم للمضارب خيارات ثلاثة في العبدين ، إن كان رب المال موسرا ، إن شاء ضمنه ربع قيمة الأول ، ونصف قيمة الثاني ، وإن شاء أعتق ربع الأول ونصف الثاني ، وإن شاء استسعى العبد الأول في ربعه ، والثاني في نصفه .

فإن اختار تضمين رب المال ، فرب المال يرجع على العبد الأول بربع قيمته ، وعلى الثاني بنصف قيمته ؛ لأن رب المال ملك بالضمان ما كان نصيب المضارب من العبدين ، ولم يعتق بإعتاق رب المال ، فكان له أن لا يزيل ملكه عنه إلا ببدل ، فيرجع بذلك على العبدين ، ومتى رجع بذلك عليهما كان ولاؤهما كله لرب المال ؛ لأن الكل عتق من جهته .

وإن اختار المضارب السعاية ، فإنه يستسعي العبد الأول في ربع قيمته ، والعبد الثاني في نصف قيمته ، ويكون ولاء العبد الأول بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه لرب المال ، وربعه للمضارب ؛ لأن العبد الأول هكذا عتق من جهتهما ، وولاء العبد الثاني بينهما نصفان ، وكذا إن اختار المضارب إعتاق نصفه من العبدين ، كان ولاء العبد الأول بينهما على أربعة أسهم ، وولاء العبد الثاني بينهما نصفان ، هذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب نقول : لما

أعتق العبد الأول كان لرب المال ثلاثة أرباعه، والربع للمضارب، فيعتق كله، فإذا أعتق العبد الآخر، كان لرب المال نصفه، وللمضارب نصفه، فيعتق كله أيضاً عندهما.

١٨٢٢١ - ثم رب المال إن كان موسراً، فإنه يضمن للمضارب ربع قيمة العبد الأول ونصف قيمة الثاني، ولا يرجع رب المال بما ضمن على العبدين، وإن كان رب المال معسراً، سعى العبد الأول للمضارب في ربع قيمته، والثاني في نصف قيمته، وكان ولاء العبدين لرب المال.

وأما على رواية كتاب العين والدين على قولهما نقول: كل واحد من العبدين مشترك بين رب المال والمضارب، لرب المال ثلثاه، وللمضارب ثلثه، فحين أعتق العبد الذي قيمته ألفان أعتقه، وثلثاه لرب المال، وثلثه للمضارب، فعتق كله، وحين أعتق العبد الثاني أعتقه، وقد صار كله ربحاً بينهما نصفين، فقد أعتقه ونصفه له، فعتق كله، وإن كان رب المال موسراً، ضمن للمضارب ثلث قيمة العبد الأول ونصف قيمة العبد الثاني، وإن كان معسراً، سعى العبد الأول للمضارب في ثلث قيمته، والثاني في نصف قيمته، والولاء لرب المال.

١٨٢٢٢ - هذا الذي ذكرنا كله إذا أعتق العبد الذي قيمته ألفان أولاً، فأما إذا أعتق الذي قيمته ألف أولاً نقول على قول أبي حنيفة رحمه الله: لما أعتق العبد الذي قيمته ألف أولاً، عتق كله من غير سعاية؛ لأن كله مشغول برأس المال، لا شركة فيه للمضارب، فعتق كله على رب المال من غير سعاية، وحين أعتق الثاني عتق منه نصفه؛ لأن بإعتاق الأول صار العبد الثاني ربحاً كله بينهما نصفين، فيكون الجواب فيه كالجواب في عبد مشترك بين اثنين أعتقه أحدهما، وكل جواب عرفته ثمة؛ فهو الجواب ههنا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب: لما أعتق العبد الأول عتق كله؛ لأن جميعه مشغول برأس المال على هذه الرواية، وحين أعتق الثاني كان نصفه لرب المال؛ لأن بإعتاق الأول خرج الثاني عن شغل رأس المال، فصار ربحاً كله بينهما نصفين، فيكون الجواب عندهما في العبد الثاني كالجواب في عبد بين شريكين نصفين أعتقه أحدهما، وأما على رواية كتاب العين والدين فنقول: أعتق الأول وثلثاه لرب المال، وثلثه للمضارب، وأعتق الثاني ونصفه للمضارب، ونصفه لرب

المال .

١٨٤٢٣ - وإذا كاتب المضارب عبداً أو أمة من المضاربة ، فهذا على وجهين : إما أن يكون قيمة العبد أو الأمة مثل رأس المال ألف درهم ، أو كان في القيمة فضل عن رأس المال بأن كان رأس المال ألفاً ، والقيمة ألفي درهم ، فإن كانت القيمة مثل رأس المال ألف درهم ، فإنه لا تجوز كتابة المضارب ، وإذا أدى العبد المكاتبة لا يعتق ، ويكون ما أدى من الكتابة على المضاربة ، وذلك لأن الكتابة ليست من التجارة ؛ لأنها مبادلة مال بما ليس بمال ؛ لأنها عقدت على العتق ، والعتق ليس بمال ، ولا من صنيع التجار ، ألا ترى أنه لا يملكه من هو أعم تصرفاً من المضارب ، وهو العبد المأذون له فلأن لا يملكه المضارب وأنه أخص تصرفاً منه أولى ؛ لأنه لو صحت الكتابة صار حال المكاتب فوق حال المضارب ؛ لأن المكاتب يملك من التصرفات ما لا يملكه المضارب ، والمكاتب مأذون من جهة المضارب ، ولا يجوز أن يصير حال المأذون فوق حال الإذن . وإذا لم تدخل الكتابة تحت المضاربة ، صار الحال بعد المضاربة كالحال قبلها ، وقبل المضاربة لو كان عبداً لرب المال ، لا تصح كتابته .

١٨٤٢٤ - وإذا ادعى العبد بدل الكتابة قبل إجازة رب المال ، لا يعتق ، ويكون المكاتبة كسب عبد ، فكذلك إذا لم تصح كتابة المضارب كان ما اكتسبه العبد كسب عبد المضاربة ، فيكون على المضاربة .

١٨٤٢٥ - وإن كان في القيمة فضل على رأس المال ، بأن كانت القيمة ألفي درهم ، وكاتبه على ألف درهم ، فإنه تصح كتابته في حصته ، وهو الربع عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا تصح الكتابة فيما كان من نصيب رب المال ؛ لأن للمضارب شركة في العبد بقدر الربع ، فتصح الكتابة بقدر حصته ، وهو الربع لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن الكتابة عنده تتجزأ ، إلا أن لرب المال أن ينقض الكتابة دفعاً للضرر عن نفسه ؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ ، بخلاف العتق والتدبير ؛ لأنهما لا يحتملان الفسخ ، وبخلاف البيع فإن لا ضرر فيه على الآخر ، فإن لم ينقض رب المال الكتابة حتى أدى العبد جميع بدل الكتابة ، فإنه تعتق حصة المضارب عند أبي حنيفة رحمه الله لا غير ، وعندهما يعتق الكل ، وما قبض المضارب من بدل الكتابة ، فإنه يسلم له ربع ذلك ،

درهم، فإن عتقه باطل كما لو أعتقه بغير مال، وقد مرّت المسألة من قبل. وإن كان قيمة العبد أكثر من رأس المال، بأن كانت ألفي درهم، ورأس المال ألف درهم، فأعتقه المضارب على ألف درهم، عتق من العبد نصيب المضارب خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يعتق جميع العبد؛ لأن للمضارب شركة في هذا العبد حتى لو أعتقه بغير مال، فقد عتق نصيبه لأنه عنده. وعندهما: يعتق الكل، فكذا إذا أعتقه على مال ويسلم للمضارب من بدل العتق حصته، وهو الربع، وما بقي يسلم للعبد، ولا يكون على المضاربة؛ لأن بدل العتق كسب المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله حصل في حال استقرار الكتابة، فيكون كسب المكاتب. وعندهما: كسب حر مديون.

قالوا: هذا إذا قال المضارب للعبد: أعتقتك على ألف درهم، وقبل العبد ذلك حتى صار حرًا بنفس القبول، أو مكاتبًا حتى يكون ما اكتسبه بعد ذلك كسب مكاتب، أو كسب حر مديون، فيسلم للمضارب قدر حصته من ألفي درهم، وما بقي بعد حصته في يد العبد يسلم للعبد، ولا يكون على المضاربة عندهم جميعًا؛ لأنه كسب المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله حصل منه في حال استقرار الكتابة. فإنه ليس لرب المال فسخ هذه الكتابة عند أبي حنيفة رحمه الله، فيكون كسب المكاتب، وعندهما: كسب حر مديون، فأما إذا قال المضارب للعبد: إن أديت إلي ألفين فأنت حر، فأدى العبد ألفي درهم، وعتق حصة المضارب من العبد، فإن جميع ما أخذه من العبد يكون على المضاربة؛ لأنه كسب عبد المضاربة، فيكون على المضاربة، فيأخذ رب المال من ذلك رأس ماله، والباقي ربح، فيكون بينهما على ما شرطا.

١٨٢٢٧ - قال محمد في «الجامع الصغير»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية تساوي ألف درهم، فوطئها فولدت ولدًا يساوي ألف درهم، فادعى المضارب أنه ابنه، ثم زاد قيمة الغلام، فصارت ألفًا وخمسمائة، والمضارب موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه، فإذا قبض رب المال ألف درهم من الغلام، ضمن المضارب نصف قيمة الجارية، هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير»، فنقول: نتكلم أولاً في المسألة قبل ازدياد قيمة الغلام، ونبين حكم المسألة، ثم نبني عليه ما إذا زاد قيمة الغلام.

وخمسمائة، وذلك لأنه صار بينهما ألفي درهم، فقد حدث للمضارب فيها شركة بقدر الربع.

١٨٢٣٠ - ولو ادعى هذا الولد أجنبي، وأبهم الدعوة، ثم حدث له في الجارية شركة بقدر الربع: صارت الجارية كلها أم ولد له، وضمن حصة شريكه، وإن لم يكن للأجنبي فيها حق التصرف وقت الدعوة. ويحمل قوله إذا كانت مبهمة على أنه استولدها بنكاح أو شبهة نكاح. فإذا حدثت الشركة فيها للمضارب بعد الدعوة بقدر الربع، والدعوة من المضارب كانت مبهمة؛ لأن تصيير الجارية أم ولد له، وكان للمضارب حق التصرف فيها وقت الدعوة أولى وأحرى. وإذا صحت دعوته بعد ما حدثت فيها شركة بقدر الربع، صارت الجارية كلها أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهم جميعًا إذا كانت الجارية بمحل النقل من ملك إلى ملك؛ لأنها شعبة النسب، والنسب لا يتجزأ، فكذا الاستيلاد. فصارت الجارية كلها أم ولد له، وضمن حصة صاحب الجارية، وذلك ثلاثة أرباعها ألف وخمسمائة موسرًا كان المضارب أو معسرًا عندهم جميعًا؛ لأنه ضمان تملك؛ لأن المضارب يملك نصيب رب المال رقبته ومتعته، أما رقبته فلأنه لو أعتقها ينفذ عتقه في الكل، وأما متعته فلأنه يملك وطئها وتزويجها وإجارتها، فكان ضمان تملك من هذا الوجه، فإنه لا يختلف باليسار والإعسار، بخلاف ضمان العتق؛ لأن المعتق إن كان يملك نصيب صاحبه رقبة عند أبي حنيفة رحمه الله لا يملك منفعة. فإنه لا يملك الانتفاع به، والمقصود من ملك الرقبة الانتفاع، فكأنه لم يتملك شيئًا باعتبار المنفعة، فلم يكن ضمان تملك، وعندهما لا يملك شيئًا، فاختلف باليسار والإعسار. وأما الولد رقيق على حاله ما لم يؤد المضارب ما ضمنه من قيمة الأم، أو يأخذ رب المال شيئًا من العقر؛ لأنه ما لم يؤد ما على المضارب من قيمة الأم والعقر، لا يحدث للمضارب شركة في الولد، فيبقى الولد رقيقًا على حاله، وكان بمنزلة ما لو ادعى أجنبي هذا الولد ثم ملك الجارية، ولم يملك الولد، صارت الجارية أم ولد له، وبقي الولد رقيقًا. فكذا هذا. وإذا بقي رقيقًا كان للمضارب بيعه، فإن لم يبعه حتى صار يساوي ألفين، فإن الولد يصير ابن المضارب، ويعتق ربعه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يعتق الكل، ولا ضمان على المضارب في الولد، وإنما على الولد السعاية، وإن كان

(١) هكذا في ط، وكان في م: هنا. لأنه لم يستوف.

المضارب موسرًا.

وإنما كان كذلك؛ لأنه لما صار قيمة الولد ألفي درهم، فقد حدث للمضارب شركة في الولد بقدر الربح، فعتق ربعه؛ لأن تملك القريب إعتاق، فعتق لرب المال، وإن كان موسرًا؛ لأن الولد إنما يعتق على المضارب بالدعوة والملك جميعًا، يضاف العتق إلى آخرهما وجودًا على ما عرف، وآخرهما وجودًا الملك، وقد ثبت بغير صنع في العتق، لم يضمن شيئًا، وكان بمنزلة رجلين ورثا عبدًا وهو قريب أحدهما، وعتق على القريب نصيبه، فإن القريب لا يضمن نصيب الأجنبي موسرًا كان أو معسرًا، ولكن يسعى الولد عنهما، فكذا هذا.

١٨٢٣٩- وإذا عتق من الولد ربعه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: عتق كله، ذكر أن رب المال يأخذ من المضارب ألف درهم رأس ماله إذا كان المضارب موسرًا لا من سعاية الولد؛ لأن رب المال بدأ يأخذ رأس المال من أقرب مال يجده من مال المضاربة، وأقرب مال يجده من مال المضاربة ما وجب[1] على المضارب من قيمة الجارية؛ لأن ما وجب عليه معجل وهو موسر، فأمر على أداء ما وجب عليه للحال، والسعاية على الولد تجب مؤجلًا، فكان ما وجب على المضارب أقرب حصولًا من السعاية، وإذا استوفى ذلك من المضارب، ثم ما بقي من قيمة الجارية، وعقرها على المضارب، ويكون ربحًا، وبقي الولد ربحًا كله، وإذا صار الابن مع ما بقي من قيمة الأم والعقر ربحًا كله، ذكر أن ما بقي من قيمة الأم والعقر ربحًا يختص به رب المال، وإن كان العقر مائة درهم، يجعل ذلك كله لرب المال، فيؤدي المضارب ذلك إلى رب المال

فالحاصل أن المضارب في هذه الصورة يضمن لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم، وعقرها مائة درهم، فيصير رب المال مستوفيًا من ذلك ألف درهم رأس ماله، ويصير مستوفيًا ألفًا ومائة ربحًا، ثم يجعل للمضارب من الولد مثل ما استوفى من الربح، وذلك ألف ومائة، فيعتق من الولد بقدر مائة وألف؛ لأن مائة وألفًا من الولد حصة المضارب، فيعتق على المضارب من غير سعاية، بقي من الولد تسعمائة ربحًا، فيكون بين رب المال والمضارب نصفان، فيكون للمضارب من ذلك نصفه، وذلك

---

(١) هكذا في ف، وكذا في الأصل و: "من مال المضاربة أوجب على المضارب".

أربعمائة وخمسون، فيعتق من الولد بقدر أربعمائة وخمسين من غير سعاية، وذلك عشرا الولد وربع عشره؛ لأن عشره مائتان؛ لأن قيمته ألفان وعشر ألفين مائتان، فأربع مئة تكون عشري الولد وخمسون ربع عشره، ويسعى الولد في أربعمائة وخمسين درهما لرب المال، وذلك عشرا الولد وربع عشره.

فإذا أدى الولد ذلك إلى رب المال، عتق الولد كله، وكان لرب المال من ولاء الولد عشراه وربع عشره، وللمضارب سبعة أعشاره وثلاثة أرباع عشره؛ لأن الولد عتق عليهما من جهتهما[1] كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله عتق على المضارب سبعة أعشاره وربع عشره وثلاثة أرباع عشره، وعتق على رب المال من الولد عشراه وربع عشره، فيكون الولاء بينهما على هذه السهام، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الولاء كله للمضارب؛ لأن الولد عتق كله من جهة المضارب؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فقد جعل ما بقي من قيمة الأم والعقر من الربح لرب المال، ولم يجعل ذلك بين رب المال وبين المضارب أنصافا، وجعل مثل ذلك من الولد للمضارب، ولم يجعل جميع الولد بينهما نصفين، هكذا ذكر في هذه المسألة.

١٨٢٣٤ - وذكر في مسألة ذكرها في آخر الباب الذي مر قبله، وجعل ما بقي من قيمة الأم من الربح بينهما نصفين، ولم يجعل رب المال أحق بذلك، وجعل الولد بينهما نصفين، فإنه قال في آخر الباب الذي مر قبله: المضارب إذا اشترى برأس مال المضاربة جارية تساوي ألفا، ثم إنها ولدت ولدا يساوي ألفا، وادعى المضارب الولد، فإن دعوته باطلة، والمضارب ضامن للعقر، فإن كان العقر مئة، واستوفاها رب المال من المضارب يحتسب من رأس المال، وإذا حوسب مئة من رأس المال بقي من رأس المال تسعمائة، فظهر للمضارب شركة في الولد وفي الجارية في كل واحد منهما بقدر خمسين؛ لأن تسعمائة من كل واحد منهما مشغول برأس المال ومائة فارغة عن رأس المال، فيكون ربحا بينهما نصفين، فحصل للمضارب شركة في الجارية بقدر خمسين، وفي الولد بقدر خمسين، وذلك نصف عشره لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عتق الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، ثم يأخذ رب المال من المضارب ما بقي من رأس ماله،

(1) وفي الأصل: «جهتهما».

دون الآخر، فقد غيرنا موجب المضاربة، وهذا لا يجوز، فهذا وجه القياس، وإنه ظاهر.

وللاستحسان طريقان: أحدهما: أنه ليس في المضاربة نص من جهة الشرع، ولا من جهة المتعاقدين يوجب أن يكون حقهما في الربح شائعًا، وإنما يعتبر حقهما في الربح شائعًا بحكم المعارضة فيما عدا هذا الموضع من حيث إنه ليس بعض الربح بعينه، بأن يجعل لأحدهما بأولى من الآخر، فيعتبر حقهما فيه شائعًا بحكم المعارضة والمزاحمة، وقد وجد ههنا ما يوجب اختصاص رب المال بما بقي من قيمة الأم والعقر، فيختص به.

بيانه: إنا متى جعلنا ما بقي من قيمة الأم والعقر من الربح لرب المال خاصة، تكثر حرية الولد، وتقل السعاية عنه؛ لأنه حينئذ يعتق من الولد من غير سعاية سبعة أعشاره وثلاثة أرباع عشره، ويسعى الولد[1] في عشريه وربع عشره، ومتى اعتبرنا حقهما شائعًا في جميع الربح، وقسمنا ما بقي من قيمة الأم والعقر بينهما نصفين، والولد نصفين، يعتق منه نصفه، ويسعى في نصف قيمته، فكان جعل ما بقي من قيمة الأم والعقر لرب المال معنى يكثر حرية الولد، وتقل السعاية عنه، ولم يوجد منه الصنع بالتزام السعاية أولى.

ونظير هذا ما قال علماؤنا رحمهم الله فيمن باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وثلاثة أكرار شعير يصرف الجنس إلى خلافه، وإن كان فيه تغيير موجب العقد في قسمة البدل؛ لأنه ليس في العقد نص من جهة الشرع، ولا من جهة المتعاقدين من حيث القسمة على سبيل الشيوع، وإنما قسم بعض الأبدال على البعض شائعًا في غير هذا الموضع بحكم المعارضة والمزاحمة، فإنه ليس بعض الأبدال بأن يوزع عليه بدل بعينه بأولى من الآخر، فإذا صار القسمة على سبيل التعيين أولى بأن كان في القسمة على سبيل التعيين جواز العقد، وفي القسمة على سبيل الشيوع فساد العقد، اعتبرنا القسمة على سبيل التعيين، فكذا هنا.

وكان القياس والاستحسان نظير القياس والاستحسان ثمة، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخي رحمه الله، فأما مسألة آخر الباب ففيها جوابان

---

(١) وفي الأصل: "ولا يسعى الولد".

بخلاف مسألة آخر الباب، فإن هناك ما بقي من الربح من قيمة الأم يكون بينهما نصفين قياسًا واستحسانًا، وإن كان يزداد حق رب المال في السعاية قبل الولد، ويقل قبل المضارب، وفي ذلك ضرر على رب المال من الوجه الذي بينا. وهذا الضرر إنما يلحقه بسبب عتق الولد، إلا أنه وجد من رب المال صنع في تحصيل عتق الولد في مسألة آخر الباب، فإن الولد إنما عتق بسبب قبضه العقر أولا، وأنه مختار في ذلك، وقبض العقر صنع من رب المال، ولما وجد صنع في تحصيل العتق، جاز إلحاق ضرر العتق به، فلهذا قال في مسألة آخر الباب قياسًا واستحسانًا أن رب المال لا يصير أحق بما بقي من قيمة الأم.

١٨٢٣٣ - هذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، وقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية هذا الكتاب، فأما على رواية كتاب العين والدين فدعوة المضارب صحيح؛ لأن له شركة في الجارية، فإن رأس المال يعتبر شائعًا، فيصير نصف كل واحد منهما مشغولا برأس المال، ونصفه فارغًا عن الشغل، فيكون ربحًا بينهما نصفين، فيكون للمضارب شركة في الولد والجارية بقدر الربح، فصحح دعوة المضارب، ويضمن نصيب رب المال من الجارية موسرًا كان أو معسرًا، ونصفه من العقر، ويعتق الولد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، ولا يضمن المضارب شيئًا من قيمة الولد وإن كان موسرًا؛ لما ذكرنا، ولا سعاية على الولد، فإنه ادعى ولد جارية مشتركة؛ لأن الولد حدث مشتركًا متى اعتبر رأس المال شائعًا فيهما، ومن ادعى ولد جارية مشتركة، والجارية محل النقل من ملك إلى ملك، يكون الولد حرًا من غير سعاية؛ ولا يضمن المستولد شيئًا.

١٨٢٣٤ - هذا الذي ذكرنا إذا كان المضارب موسرًا، فإن كان معسرًا لا يقدر على أداء ما لزمه من ضمان قيمة الجارية، فأراد رب المال أن يستسعي الجارية في رأس ماله، وحصته من الربح، لم يكن له ذلك؛ لأنها أم ولد، ولا سعاية على أم الولد بدين وجب على المولى، ولم يكن متعلقًا بها لوجهين:

أحدهما: أن كسب أم الولد مملوك للمولى، فيكون في إيجاب السعاية عليها

بدين على المولى نعيين[1] شيء لقضاء الدين لم يكن حقه متعلقاً به، والتعيين إلى المديون لا إلى رب الدين.

والثاني: أن إيجاب السعاية على أم الولد مما يؤدي إلى إلحاق الضرر، إما بالجارية أو بالمستولد، وذلك لأنه إذا سعت لا يخلو إما يعتق نصيب الساكت بأداء السعاية للحال أو لم يعتق، إن لم يعتق تضررت الجارية[2]؛ لأن السعاية وجبت عليها من غير أن حصل لها حقيقة العتق، وإن عتق نصيب الساكت للحال تضرر المستولد من وجهين عند أبي حنيفة رحمه الله: أحدهما: أن نصف المستولد يعتق من غير سعاية؛ لأن أم الولد متى عتق بعضها عتق كلها بغير سعاية عند أبي حنيفة رحمه الله. والثاني: أن المستولد استحق إبقاءها إلى وقت الموت، وقد فات هذا الحق على المستولد متى عتق منها نصيب الساكت، فكان في إيجاب السعاية ضرراً من وجهين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما من وجه واحد، وهو الوجه الثاني، فلهذا لم يكن على أم الولد سعاية بسبب ما حصل لها من حق الحرية بخلاف معتق البعض، فإن الشرع أوجب عليه السعاية، وفي ذلك تحصيل حقيقة العتق له، وليس إذا وجب السعاية لتحصيل حقيقة العتق ما يدل على أنها تجب بسبب عتق غير تحصيل حقيقة العتق، فلهذا لم يكن على الجارية سعاية.

وإنما كانت السعاية على الولد؛ لأن الولد معتق البعض، وعلى معتق البعض السعاية، وإذا وجبت السعاية على الولد في كم يستسعيه، ذكر أنه يستسعيه في ألف وخمسمائة، ألف رأس ماله وخمسمائة ربح؛ لأنه تعذر استيفاء رأس المال من المضارب لكونه معسراً، وأمكن من الولد، فيستوفي دينه رأس ماله، وحصته من الربح، وذلك ألف وخمسمائة.

١٨٢٣٥ - فرق بين هذا وبينه إذا كان المضارب موسراً، فإنه ذكر أن الولد يسعى على طريق الاستحسان في عشره وربع عشره، وذلك لأنه متى كان المضارب موسراً يستوفي رب المال رأس ماله مما وجب على المضارب؛ لأن ما وجب على المضارب معجل، وإنه قادر على الأداء إذا كان موسراً، وما وجب على الولد مؤجل، فإذا

---

(١) وفي الأصل: "بتعيين" وفي م: "بتعدى".

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "رب الجارية".

١٨٢٣٨ - ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعاه رب المال، فإنه ابنه، وتصير الجارية أم ولد له، ولا يغرم للمضارب شيئاً من قيمة الجارية، ولا من الولد ولا من العقر، أما صحة دعوته وثبوت النسب منه فلأن الجارية والولد ملك رب المال، لا شركة للمضارب فيهما، ولو كان للمضارب فيه شركة صح دعوة رب المال، فإذا لم يكن للمضارب فيه شركة أولى، ولا يغرم رب المال شيئاً من قيمة الجارية والولد؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما، ألا ترى لو أعتقهما رب المال، لم يضمن للمضارب شيئاً؛ لأنه ما أبطل عليه ملكاً، إنما أبطل عليه مجرد حق التصرف، وإنه ليس بمال، وما ليس بمال، لا يضمن بالمال، فكذا إذا ادعى ولدها، ولا يغرم العقر؛ لأنه وطئ جارية كلها ملكه، لا شركة للمضارب فيها.

وكذلك لو كان الولد يساوي ألفين، كان هذا وقوله: لا يضمن شيئاً من قيمة الجارية والولد، بخلاف ما لو أعتقها رب المال، فإنه يضمن حصة المضارب من الربح، موسراً كان أو معسراً، فإنه لما صح دعوة رب المال، تكون الجارية ملك رب المال، صارت الجارية أم ولد له من حين العلوق، فانتقضت المضاربة فيها من حين العلوق، فحين ولدت والجارية خارجة من المضاربة، فلا يتعلق حق المضارب.

ولو كانت الأم تساوي ألفين، فادعاه رب المال، صحت دعوته، وصارت الجارية أم ولد له، ويثبت نسب الولد منه، ويغرم رب المال ربع قيمة الجارية للمضارب، موسراً كان أو معسراً، ولم يضمن من قيمة الولد شيئاً، ويغرم ثمن عقر الجارية للمضارب، أما دعوته صحيحة؛ لأن لرب المال شركة في الجارية، فإن ثلاثة أرباع الجارية لرب المال، نصفها رأس ماله، وربعها حصته من الربح.

وإذا كان لرب المال شركة في الجارية، صحت دعوته، ويملك نصيب المضارب بالضمان موسراً كان أو معسراً، ولم يضمن من قيمة الولد شيئاً؛ لأنه لما صحت دعوته يملك نصيب المضارب من وقت العلوق، والولد حدث، والجارية كلها ملك رب المال، فلا يضمن للمضارب شيئاً من قيمة الولد، وكان الجواب فيه كالجواب في جارية بين شريكين جاءت بولد ادعاه أحدهما، والجارية تنتقل من ملك إلى ملك، وهناك

الأرباع ثلاثة الأثمان، فيضمن[1] ثلاثة الأثمان العقر لرب المال مع ثلاثة أرباع الجارية موسراً كان أو معسراً، ولم يضمن من الولد فيه شيئاً؛ لأن الولد بقي عبداً على المضاربة، ولو علق الولد حراً الأصل، كان لا يضمن شيئاً كما في الجارية المشتركة، وإذا بقي الولد عبداً على المضارب أولى.

١٨٦٢٩- وفي فصل الولد إشكالان أحدهما: أن الجارية مشتركة بين رب المال وبين المضارب، ولهذا صارت أم ولد له، وإذا كانت الجارية مشتركة بينهما، يجب أن يحدث الولد مشتركاً، وإذا حدث الولد مشتركاً يجب أن تصح دعوة المضارب في حق الولد. والثاني: أنه إن لم يثبت للمضارب شركة في الولد؛ لأنه صار كله مشغولاً برأس المال، يجب أن تصح دعوته في حق الولد؛ لأن العلوق كان، وللمضارب شركة في الجارية بقدر الربح، وقيام الملك كاف لصحة الدعوة، وإن كان الولد وقت الدعوة ملك الغير، كالبائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة بعد ما ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، صحت دعوته في حق الولد والجارية، وإن لم تكن الجارية والولد في ملكه وقت الدعوة؛ لأنه كان الولد في ملكه في وقت العلوق، فههنا أولى أن يصح دعوته، فإن الجارية في ملكه يوم العلوق ووقت الدعوة.

إلا أن الجواب عن الإشكال الأول أن القياس ما قلت: أن يحدث الولد مشتركاً إذا كانت الجارية مشتركة بينهما، إلا أنا تركنا هذا القياس للضرورة، وذلك لأن الأصل أن مال المضارب متى كان من جنسين مختلفين، وقيمة كل واحد منهما أو قيمة أحدهما مثل رأس المال، فإن الذي قيمته مثل رأس المال يعتبر كله مشغولاً برأس مال المضاربة، حتى لو أعتقه المضارب، لا يعتق، ولا يجب على المضارب الزكاة، وإذا صار كله مشغولاً برأس المال، فقد انقطعت الشركة في الولد من حيث الحكم، فيعتبر بما لو كانت منقطعة من حيث الحقيقة، بأن كان الولد حادثاً من جارية لم تكن للمضارب شركة، وقيمته مثل رأس مال المضاربة، وقد ادعاه المضارب، وهناك لا تصح دعوته للحال، بل يقف صحة دعوته إلى أن يصير الولد ملكاً له، فكذا هذا.

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فهو أن العلوق وإن كان في ملكه من حيث

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكذا في الأصل: "فيضمن ثلاثة أرباع العقر لرب المال وثلاثة أثمان الجارية موسراً... إلخ".

وثلاثة أثمان العقر ، صار مستوفياً رأس ماله وزيادة ، ففرغ الولد عن شغل رأس المال ، فكان بينهما أنصافاً ، فقد حدث للمضارب شركة في الولد بقدر النصف ، فتصح دعوته ، وثبت نسب الولد منه ، وعتق نصفه ، ويسعى في نصف قيمته لرب المال موسراً كان أو معسراً ، وإن كان عتق الولد بإيفاء المضارب ما عليه ، وذلك نصفه ، إلا أنه كان مجبراً على الإيفاء ، فسقط اعتبار صنعه ، وإذا سقط اعتبار صنعه لم يضمن ، وكان على الولد أن يسعى في نصف قيمته ، وولاء الولد بين المضارب ورب المال نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قولهما الولاء كله للمضارب ؛ لأن الكل عتق من جهته ، فإن العتق عندهما لا يتجزأ

الفصل العشرون

في هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده

١٨٦٤٠ - وإن هلك مال المضاربة قبل التصرف فيه، بطلت المضاربة؛ لأنها انعقدت على المال المعين، فإذا هلك المال قبل التصرف، فقد فات محل العقد، فبطل العقد ضرورة، والقول في الهلاك قول المضارب مع يمينه؛ لأنه بمنزلة المودع.

وقال أصحابنا رحمهم الله فيمن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدًا، فلم ينقدها حتى ضاعت، فإنه يدفع إليه رب المال ألفًا أخرى، ويصير رأس المال ألفي درهم، وكذلك لو هلك هذه الألف، يدفع رب المال ألفًا أخرى؛ لأن المضارب فيما اشترى للمضاربة كان عاملاً لرب المال؛ لأنه كان وكيلا عنه، فإذا لحقه بسبب ما عمل لرب المال عهدة وضمان، كان قرار ذلك على رب المال، ويعتبر بالوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فاشترى وهلك ما عنده قبل النقد، فإنه يرجع على الموكل بألف أخرى؛ لأنه لزمه ضمان بسبب ما عمل للموكل، وكان قرار ذلك عليه، وما كان قبضه قبل الشراء هلك، فهلك أمانة، وإن هلك بعد الشراء، وجب له الدين على موكله؛ لأنه قبل الشراء كان أمانة في يده، وبعد ما اشترى وجب له دين على موكله بالشراء، لم يُحدث الوكيل ما يوجب أن يصير ما قبضه مضمونًا عليه، فبقي أمانة كما كان، فيهلك على الموكل، وكان كالمودع إذا وجب له دين على المودع، والوديعة من جنس الدين لا يصير مضمونًا على المودع ما لم يتملكه بحقه، وإذا ثبت هذا في الوكيل الخاص بالشراء، فكذا في المضارب، والمضارب في هذا والوكيل الخاص بالشراء يستويان في المرة الأولى، وإنما يفترقان في المرة الثانية، فإنما يقبضه الوكيل بالشراء في المرة الثانية يصير مضمونًا عليه حتى إذا هلك في يده قبل النقد يهلك من مال الوكيل، ولا يرجع على الموكل بشيء، وما قبضه المضارب من رب المال في المرة الثانية يكون أمانة في يده، حتى إذا هلك في يده يهلك من مال الموكل أعني رب المال، وكان للمضارب أن يرجع بالثالثة على رب المال ورابعًا وخامسًا إلى الأبد.

١٨٢٤١ - والفرق بينهما أن الوكيل الخاص ما قبضه من موكله في المرة الثانية قبضه للاقتضاء، والقبض على جهة الاقتضاء قبض ضمان.

وإنما قلنا: ذلك لأن الوكيل بالشراء في حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه من موكله، ولهذا قلنا: إن للوكيل بالشراء أن يحبس العين المشترى بالثمن حتى يستوفيه من موكله؛ لأنه صار بائعًا من موكله ما اشترى، وإذا وجب للوكيل على موكله دين: فإذا قبضه منه في المرة الثانية حصل قبضه على جهة الاستيفاء لحقه، لا على وجه الأمانة، والقبض بجهة الاستيفاء قبض ضمان، ويمكن حمل قبضه على الاستيفاء؛ لأن الضمان لا ينافي الوكالة، ألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز، ولم يصر أمينًا، وإذا حصل قبضه على جهة الاستيفاء، فلو هلك بعد ذلك من غير وكالة، ثم باعه منه بعد ذلك مثل ما اشتراه به، ثم أخذ منه الثمن، صار مقتضيًا لدينه، وصار ما قبض مضمونًا عليه، فكذا هنا. فأما المضارب ما قبض في المرة الثانية من رب المال لم يقبضه للاقتضاء حتى تكون مضمونًا عليه، وكان أمانة في يده كما كان في المرة الأولى.

وإنما قلنا: ذلك لأن المضارب متى اشترى لرب المال شيئًا، فإنه لا يجب له دين على رب المال، فكيف يكون قبضه على وجه الاقتضاء لدينه. أن المضارب لا يمكن أن يجعل مشتريًا لنفسه أولاً، ثم بائعًا من رب المال بعد ذلك؛ لأنه متى جعلناه بائعًا ما يشتري من رب المال للمضاربة يصير بائعًا من نفسه من وجه؛ لأن ما يبيعه للمضاربة، فإنه يثبت للمضارب فيه حق، وهو البيع حتى لو نهاه رب المال عن البيع، لم يعمل نهيه، وإذا كان البيع فيما يبيعه للمضارب متى جعلناه بائعًا للمضاربة متى اشتراه للمضاربة، كما في الوكيل الخاص صار المضارب كالبائع من نفسه من وجه باعتبار ما ثبت له من الحق في البيع بعد البيع، ولا يمكن أن يجعل الإنسان بائعًا من نفسه بحال من الأحوال، ويمكن أن يجعل الوكيل رسولاً من الموكل بعد ما يجعل في باب النكاح، جعلنا الوكيل رسولاً عن الموكل ضرورة؛ لأن ملك النكاح مما لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، ولا يمكننا أن نعتبر النكاح واقعًا للوكيل، ثم منتقلاً منه إلى الوكيل، فاعتبرناه رسولاً من الموكل حتى رجعت الحقوق إلى الموكل، فكذلك هنا لم يمكن أن يجعل المضارب ما اشتراه للمضاربة من رب المال، فاعتبرناه رسولاً في حق ما بينه وبين رب المال، وكيلاً في حق ما بينه وبين بائعه، فوجب للبائع على المضارب دين، ولم يجب له على رب

فقد ثمنها ألفي درهم، ألفًا وخمسمائة من مال رب المال، وخمسمائة من خالص ماله، فما كان للمنفرد من الثمن أرباعًا كانت الجارية كذلك. وإذا كانت الجارية بين المضارب والمضاربة أرباعًا، يكون ثمن ربع الجارية من حصة المضارب خاصة، وذلك ألف ومائتان وخمسون، وثلاثة أرباعها للمضاربة، وهي ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون، يستوفي رب المال منها رأس ماله ألفين وخمسمائة؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة، فيأخذ رب المال ذلك، بقي ألف ومائتان وخمسون، وهو ربح، فيكون بين المضارب ورب المال على الشرط.

١٨٢٤٣ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها جارية، فضاعت الألف قبل أن ينقدها، فقال رب المال: ضاع المال قبل أن يشتري الجارية، وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضارب: لا، بل ضاع المال بعد ما اشتريتها، فأنا أريد أن آخذك بالثمن، ولا يعلم متى ضاع المال، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب أقر على رب المال بما لا يملك استئنافه عليه للحال، وقد أنكر رب المال ما أقر به المضارب، فيكون القول قوله؛ لأن المضارب أقر على رب المال بالشراء، وهو لا يملك استئنافه للحال؛ لأنه للحال رأس مال المضاربة هالك[1]، وإن أقاما جميعًا البينة فالبينة بينة المضارب؛ لأن رب المال يثبت ببينته ما هو ثابت بقوله، والمضارب يثبت ببينته ما هو غير ثابت، فكانت بينة المضارب أولى، ولو كان رب المال قال للمضارب: قد اشتريتها قبل ضياع المال، فوقع الشراء على المضاربة، وقال المضارب: اشتريتها بعد ما ضاع المال، فوقع الشراء لي، فالقول للمضارب؛ لأن الأصل في تصرف الإنسان أن يكون لنفسه، فيجب العمل بهذا الأصل حتى يقوم خلافه.

١٨٢٤٤ - ولو اشترى المضارب جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفًا، وقبض التي اشتراها، ولم يدفع الأمة حتى ماتتا، فإنه يغرم من قيمة التي اشتراها خمسمائة، والباقي على رب المال؛ لأنهما لما هلكتا فقد انفسخ العقد، فيجب عليه رد ما اشترى، وقد عجز، فيغرم القيمة وهي ألفان. فكان المضمون ألفين، فيصير كأنه اشترى بألفين، فيضمن ربعها.

---

(١) في الأصل: هالك.

١٨٢٤٥ - ولو كانت قيمة التي اشتراها ألفا، والأمة التي كانت عنده قيمتها ألفان، وقد قال له رب المال: اعمل بالقليل والكثير حتى جاز هذا الشراء من المضارب، فقتل التي اشتراها، ثم هلكت، رجع على رب المال؛ لأن المضمون هو قيمة التي اشتراها، ولا فضل في ذلك على رأس المال، فقد أشار أبو الحسن إلى أن محمدا رحمه الله يعتبر المضمون على المضارب بجنايته، فإن كان ما يلزمه من الغرم زائدا على رأس المال، كان على المضارب حصة ذلك، وما لا فلا. وذكر من بعد رواية أخرى بخلاف هذا.

الفصل الحادي والعشرون
في جحود المضارب مال المضاربة

١٨٢٤٦ - عن أبي يوسف رحمه الله في المضارب إذا قال لرب المال: لم تدفع إلي شيئاً، ثم قال: قد دفعت إلي ألفاً مضاربة، فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين جحد الأمانة، والأمانة تضمن بالجحود، قال: وإن اشترى بها مع الجحود، فهو مشترٍ لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، فتنتفي حكم المضاربة باعتبار الضمان.

وإن اشترى بعد الإقرار، فالقياس أن يكون مشترياً لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، وفي الاستحسان يكون على المضاربة، ويبرأ من الضمان؛ لأن الأمر بالشراء قائم بعد الجحود، فإن الضمان لا ينافي الأمر، ألا ترى أنه لو أمر الغاصب ببيع المغصوب أو بشرائه، صح الأمر، وإن كان المحل مضموناً عليه، فإذا اشتراه بموجب الأمر، وتم الائتمار، ومن ضرورة وقوعه انتفاء الضمان، كما في الغاصب إذا باع بإذن المالك، وسلّم يبرأ من الضمان. وكذلك لو دفع إليه ألفاً، وأمره أن يشتري بها، فجحد ثم اشترى ثم يبرأ من الضمان، وكان الشراء واقعاً له على ما بينا.

١٨٢٤٧ - قال: ولو أمره بشراء عبد بعينه، والشراء مع الجحود، ثم أقر، فإن العبد للآمر؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه، فوقع للآمر، كأنه أقر ثم اشتراه. بخلاف المضارب؛ لأنه يملك أن يشتريه لنفسه. فلم يحمل على الشراء لرب المال، إلا أن يقر بالمال قبل الشراء. قال أبو يوسف رحمه الله: في المأمور ببيع العبد إذا جحد، وادعاه لنفسه، ثم أقر، فباعه، فالبيع جائز، وبرئ من الضمان، وكذلك المأمور بالهبة والإعتاق؛ لأن الأمر قائم.

ولو باع العبد أو أعتقه أو وهبه، ثم أقر بعد البيع، فعلى قياس مسألة المأمور بشراء العبد بعينه ينبغي أن يلزم الآمر؛ لأنه لا يملك أن يبيع لنفسه كما لا يملك الشراء لنفسه.

١٨٢٤٨ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فذكر المضارب أنه قد

ربح فيها ألف درهم، وجاء بألفين، ثم إنه جحد، فقال: لم أربح إلا خمسمائة درهم، ثم هلك ألفان في يد المضارب قبل أن يقبض منه رب المال شيئًا، وقد قامت البينة على إقرار المضارب بما قال: من الربح، فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي أقر أنها ربح، ثم أنكرها، فيأخذها رب المال من رأس المال، ولا ضمان على المضارب فيما بقي من المال؛ وهذا لأن المضارب أقر أول مرة أن عنده ألفي درهم أمانة؛ لأن رأس المال مع الربح أمانة عند المضارب، ثم جحد خمسمائة منها، ولو جحد الكل بعد ما أقر بها، ضمن الكل، ولو لم يجحد شيئًا منها حتى هلك في يده، لكان لا يضمن، فإذا جحد البعض دون البعض، كان لكل بعض حكم نفسه، فإن كان أنكر أن يكون ربح المال شيئًا، والمسألة بحالها، فضاع المال بعد ذلك، فإنه يضمن الألف الربح كلها، ولا يضمن الثاني؛ لما قلنا.

الفصل الثاني والعشرون
في قسمة الربح

١٨٢٤٩ - قال محمد رحمه الله: إذا عمل المضارب بمال المضاربة، فربح ألفًا، فاقتسما الربح، ورأس مال المضاربة في يد المضارب على حاله، فأخذ رب المال من الربح خمسمائة، والمضارب خمسمائة، ثم ضاع ما أعدّ لرأس المال في يد المضارب قبل العمل أو بعده، فإن قسمتهما باطلة، والخمسمائة التي أخذها رب المال تحسب من رأس ماله، ويؤدي المضارب الخمسمائة التي أخذها لنفسه من الربح إلى رب المال إن كانت قائمة بعينها، وإن هلكت في يده رد مثلها على رب المال حتى يتم لرب المال رأس ماله، والألف التي هلكت في يد المضارب هي الربح، وذلك لأن قسمتهما الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة؛ لأن حال المقسوم قبل قبض رب المال رأس المال موقوفة إن بقي ما أعدّ لرأس المال في يد المضارب حتى قبضه رب المال، كان المقسوم ربحًا كما اقتسما، وكانت القسمة جائزة، وإن هلك ما أعد لرأس المال في يد المضارب، كانت القسمة باطلة، وتبين أن المقسوم لم يكن ربحًا، وكان رأس المال؛ لأن الأصل في المضاربة أن بعض المال متى هلك في يد المضارب، فإنه يصرف الهلاك إلى الربح، وإذا كان الهلاك ربحًا ظهر أن المقسوم كان رأس المال، ولم يكن ربحًا، فكانت قسمة الربح باطلة، وصار رب المال أخذ الخمسمائة رأس المال لا ربحًا، والمضارب أخذ خمسمائة من رأس المال لا من الربح، فصار ضامنًا لذلك، فإنه قبض خمسمائة من رأس المال، لا من الربح، فصار ضامنًا لذلك؛ لأنه قبض خمسمائة من رأس المال قبضه بغير إذن رب المال؛ لأنه إنما أذن له بملك هذه الخمسمائة بشرط أن يكون الموجود ربحًا، فإذا ظهر أنه لم يكن ربحًا، بل كان رأس المال، لم يكن راضيًا بالتملك[١]، وكان المضارب قابضًا هذه الخمسمائة لنفسه بغير إذن رب المال، فصار ضامنًا كالغاصب، فعليه ردها إن كانت قائمة، ورد مثلها إن هلكت، حتى يتم لرب المال رأس ماله، والألف التي

---

(١) وفي الأصل: بل كان.

١٨٢٥٣ – هذا إذا ربح المضارب ألفًا، فأما إذا ربح ألفي درهم، واقتسما الربح، وأخذ كل واحد منهما حصته من الربح ألف درهم، ثم ضاع المال كله في أيديهما، ولم يقبض رب المال من المضارب ما أخذ لرأس المال، فإن الألف التي قبض رب المال تكون من حساب رأس المال، ويكون على رب المال، ويكون الألف التي أخذت لرأس المال ربحًا، ويهلك أمانة؛ لأنه قد ظهر أن الألف التي أخذت لرأس المال قبل قبض رب المال بطلت القسمة؛ لأنه ظهر أن إحدى الألفين كانت رأس المال، وأما لا يبطل القسمة في الألف الأخرى؛ لأنها ربح كما اقتسما، وإن بطلت القسمة في إحدى الألفين دون الأخرى، كان يجب أن يقال: بأن الألف التي قبضها المضارب نصفها يكون ربحًا، ونصفه يكون رأس المال، وقال محمد رحمه الله: بأن جميع الألف التي قبضها رب المال يكون رأس المال، والألف التي قبضها المضارب يكون ربحًا كلها.

والجواب عنه أن القياس ما قلت، إلا أنه ترك هذا القياس، وجعل ما قبضه رب المال من الألف كلها رأس المال، وما قبضها المضارب كله ربحًا؛ لأنا لو جعلنا نصف ما قبضه رب المال من رأس المال ونصفه ربحًا في الابتداء، يلزمنا في الانتهاء أن نجعل جميع ما قبضه رب المال رأس المال؛ لأن ما قبضه المضارب من الألف كان رأس المال، وإذا كان يلزمنا في الانتهاء أن نجعل جميع ما قبضه رب المال من الألف رأس المال في الانتهاء جعلنا الكل رأس المال في الابتداء قصرًا للمسافة، وإذا صار ما قبضه رب المال رأس المال، كان ما قبضه المضارب ربحًا كله، وقد قبضه للتملك، فصار ضامنًا حصة رب المال، والألف التي أخذت لرأس المال هلك أمانة في يده؛ لأنه كان أمينًا فيها، ولم يحدث فيه قبضًا للتملك حتى يصير ضامنًا.

١٨٢٥٤ – هذا إذا ضاع في يد المضارب الألف التي أخذت لرأس المال، فأما إذا لم يضع في يده حتى اشترى بها مالًا بعد قسمة الربح، وربح فيه ربحًا كثيرًا، ذكر أن الألف التي قبضها رب المال تكون رأس المال، ويأخذ رب المال ألف درهم من يد المضارب من حساب الربح حتى يصير مساويًا للمضارب، ثم ما بقي من ذلك ربح، فيقسمان على ما اشترطا، أما المضارب فيما عمل برأس المال فنافذ على كل حال عن رب المال على المضاربة؛ لأن المضارب إنما يصير محجورًا عن التصرف في رأس المال بعد ما قبض إما المال أو ما يستوفي رأس المال، ولم يوجد أحد هذين، وكان

تصرفه جائزاً على المضاربة .

طعن القاضي أبو حازم على محمد رحمه الله ، وقال : يجب أن لا ينفذ تصرف المضارب على رب المال؛ وذلك لأن محمداً رحمه الله قال : ما قبضه رب المال من الألف الربح يكون رأس المال ، وإن صار قابضاً لرأس المال ، لا ينفذ تصرف المضارب بعد ذلك ، لأن المضارب كما يصير محجوراً عن التصرف بالنهي ، يصير محجوراً عن التصرف باسترداد رأس المال .

والجواب عنه أن محمداً رحمه الله إنما يريد بقوله ما قبضه رب المال رأس المال إذا أرادا عند القسمة الثانية بعد ما ربح المضارب ربحًا كثيراً أن يجعلا ما قبضه رب المال من المضارب رأس المال ، فيصير قابضاً لرأس المال حال اتفاقهما على ذلك ، لا من حين قبض لم يقبضها من رأس المال ، وإنما قبضها من حساب الربح ، فيصير من رأس المال إذا اتفقا على ذلك عند القسمة الثانية .

١٨٢٥٣ - ونظير هذا ما قالوا : أن رب المال إذا اشترى شيئاً من المضارب بألف درهم ، وهي مثل رأس المال ، إن قال رب المال : أنا أمسكه من رأس المال ، انتقض المضاربة ، وإن أدى الثمن ، بقيت المضاربة على حالها؛ لأن ما حصل في يد رب المال من ألف درهم حصل على جهة الشراء ، لا على جهة قبض رأس المال ، فكذا هنا حين قبض ألف درهم قبضها من حساب الربح ، لا من حساب رأس المال ، فلا يصير من رأس المال إلا باتفاقهما عند ذلك على أن يكون من رأس المال ، فيصير قابضاً من رأس[1] المال حال اتفاقهما على ذلك ، فيكون المضاربة قبل ذلك قائمة على حالها .

والدليل على صحة هذا التأويل ما قال محمد رحمه الله أن المضاربة الأولى على حالها لا تنتقض إلا بقبض رأس المال ، فقد بين في آخر المسألة أن ما قبض رب المال من الألف حين قبض لم يكن رأس مال المضاربة ؛ لأنه قبضها من حساب الربح ، فإنما صار رأس المال بعد ذلك إذا أرادا عند القسمة الثانية أن يجعلا ذلك من رأس المال من حين اتفقا على ذلك ، كانت المضاربة قبل ذلك قائمة بينهما ، فكان ما ذكر محمد صحيحاً

(١) هكذا في ط ، وكان في م وم والأصل : من ذلك المال

على هذا التأويل.

وكذا التأويل على صحة ما ذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف، فيمن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة صحيحة، فجعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين والعشرة لنفقته، والمضارب كذلك يربح في المال، فإن رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم، ولا يكون ما أخذ رب المال للنفقة محسوباً من رأس المال.

١٨٦٥٤ - ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح فيها المضارب ألفي درهم، ثم اقتسما، فدفع المضارب إلى رب المال رأس ماله ألف درهم، وبقي ألفا درهم، فأخذ المضارب حصته من الربح ألف درهم، وبقيت حصة رب المال، فلم يأخذها حتى ضاعت في يد المضارب، فالألف التي ضاعت في يد المضارب ضاعت بينهما جميعاً، وما بقي في يد المضارب يبقى بينهما، فيرجع عليه رب المال بنصفه، وذلك خمسمائة، وهذا لأن نصيب رب المال من الربح لما هلك قبل القبض انتقضت القسمة في الربح، وإذا انتقضت القسمة صار الحال بعد القسمة كالحال قبلها، وقبل القسمة لو ضاع من الربح ألف درهم في يد المضارب، فإنه تكون عليهما، وما بقي يبقى بينهما، فكذلك إذا انتقضت القسمة بهلاك نصيب رب المال قبل القبض.

وإنما قلنا: بأن القسمة انتقضت متى هلك حصة رب المال قبل القبض، وذلك لأن الأصل عندهم أن المكيل أو الموزون متى كان بين اثنين، فاقتسما فقبض أحدهما نصيبه دون الآخر حتى هلك نصيب الآخر قبل قبضه، فإن القسمة تنتقض، ويكون ما هلك هالكاً على الشركة، وما قبضه أحدهما يكون باقياً على الشركة؛ لأن القسمة فيما يكال ويوزن، كما هو إفراز لعين الحق حقيقة وحكماً من وجه، فهو مبادلة حقيقة وحكماً من وجه، أما مبادلة حقيقة فلأن ما أخذه كل واحد منهما نصفه ملكه، ونصفه ملك صاحبه أخذه بإزاء ما ترك على صاحبه من نصف ما في يده، وأما مبادلة حكماً فدليل ما قالوا بأن المسلم[١] إذا كان وصي الذمي، فإنه تكره له قسمة الخمور؛ لأنها مبادلة من وجه، فصح أن قسمة المكيل والموزون كما هو إفراز لعين الحق حكماً من وجه

---

(١) وفي ظ: "بأن المسلم".

كالمال قبلها، وقبل القسمة لو أخذ المضارب من الربح ألفًا لنفسه، وهلكت في يده،
غرم خمسمائة لرب المال؛ لأنه قبضها لنفسه على سبيل التملك، فصار ضامنًا لما قبضه.
والألف الأخرى هلكت أمانة؛ لأنه لم يحدث فيها ما يجعلها مضمونة، فهلكت في يده
أمانة. وكذا إذا انتقض القسمة بهلاك أحد المقبوضين(١) قبل

---

(١) هكذا في ظ، ف، وكذا في ب، وفي م: المقبوض.

الفصل الثالث والعشرون

في موت المضارب

١٨٢٥٦ - وإذا مات المضارب والمضاربة دراهم في يد المضارب، وهي معروفة أنها مضاربة، وعلى المضارب ديون[1]، فإن رب المال يأخذ رأس ماله قبل الغرماء، وهل يأخذ الربح إن كان الربح ظاهراً؟ وقد عرف وصوله إلى المضارب، كان لرب المال أن يأخذ نصف الربح أيضاً قبل الغرماء، ثم ما بقي من حصة المضارب من الربح يكون بين غرمائه، وإنما كان كذلك لأن مال المضاربة إذا كانت معروفة أنها مال المضاربة في يد المضارب والربح كذلك، فهو بمنزلة وديعة معروفة لغيره، ولو كان عنده وديعة معروفة لغيره، كان لصاحب الوديعة أن يأخذها قبل الغرماء؛ لأن حق غرماء المريض إنما يتعلق بماله لا بمال غيره، وما بقي من حصة المضارب من الربح يكون مقسوماً بين غرمائه؛ لأنه ماله، فيكون مقسوماً بين غرمائه بالحصص كسائر أمواله.

فإن قال غرماء المضارب وورثته: إن الدين الذي على المضارب دين المضاربة، وأنكر رب المال، وقال: لا، بل الدين دين المضارب، لا دين المضاربة، فالقول لرب المال مع يمينه على العلم، وعلى غرماء المضارب، وورثته البينة على ما ادعوا، وذلك لأن رب المال منكر والغرماء وورثة المضارب يدعون، وإنما قلنا: ذلك لما عرف في كتاب الدعوى أن المنكر من كان متمسكاً بما هو الثابت في الأصل، والمدعي من يدعي أمراً حادثاً لم يعرف حدوثه، ورب المال يتمسك بما هو الأصل؛ لأن فراغ ماله عن شغل الغير هو الثابت في الأصل والشغل عارض، وهذا كمن ادعى على آخر ديناً، وأنكر الآخر كان الذي قبله اليمين منكراً؛ لأنه تمسك بما هو الثابت في الأصل، وهو فراغ ذمته عن شغل الدين، فصاحب الدين ادعى عارضاً، فكان مدعياً، فكذا هذا، فإن أقاموا بينة على دعواهم كان دينهم في مال المضاربة؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أن الدين على المضارب دين المضاربة، كان يقضى من مال المضاربة، فكذا هذا.

(١) وفي الأصل: «ديون».

وإن لم تقم لهم بينة على ما ادعوا استحلف رب المال؛ لأنهم يدعون عليه حقاً لو أقر به يلزمه، وهو مما يجري فيه البدل والإباحة، فإذا أنكر يستحلف على ذلك، إلا أنهم يستحلفونه على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير، وهو فعل المضارب، فإن حلف برئ عن الدعوى، وإن نكل لزمه الدعوى كما لو أقر به، وإن كان مال المضاربة عروضاً أو دقيقاً أو دنانير، وهي غير معروفة يعلم أنها مال المضاربة، فإن القاضي يأمر ببيع ذلك وصي المضارب دون رب المال، فإن كان له وصي فيه، وإلا جعل القاضي له وصياً حتى يبيع ويوفي رب المال رأس ماله، وحصته من الربح وحصة المضارب تقسم بين غرمائه، هكذا ذكر في المضاربة الكبيرة.

وذكر في المضاربة الصغيرة: وقال رب المال ووصي المضارب يبيعان معاً، فوجه ما ذكر في المضاربة الكبيرة أن وصي الميت يقوم مقام الميت فيما صح الإيصاء به، وهذا قد صح؛ لأن البيع كان حقاً مستحقاً للمضارب لا يملك رب المال أن يمنعه عنه، فيصح الإيصاء به، كما يصح بغيره من حقوقه، وإذا صح الإيصاء به قام الوصي مقام المضارب، فكما أن المضارب حال حياته هو الذي يملك بيع(١) ذلك، فكذا وصيه الذي قام مقامه. وليس كالعدل في باب الرهن إذا مات فإنه لا يقوم وصيه مقامه في البيع؛ لأن الإيصاء ببيعه لم يصح؛ لأنه لم يكن حقاً مستحقاً له، إنما كان حقاً مستحقاً للمرتهن بدليل أن الراهن مع المرتهن إذا اتفقا على عزل العدل صح ذلك منهما، وإذا لم يكن البيع حقاً مستحقاً للمرتهن بدليل أن الراهن مع المرتهن إذا اتفقا على عزل العدل صح ذلك منهما، وإذا لم يكن البيع حقاً مستحقاً للعدل لم يصح الإيصاء به، فلم يقم الوصي مقامه.

ووجه ما ذكر في المضاربة الصغيرة أن الوصي بمعنى المضارب من وجه، وبمعنى الوكيل من وجه، أما بمعنى المضارب من وجه فلأن الوصي قائم مقام الموصي في جميع ما كان للموصي، فمن هذا الوجه يكون الوصي بمعنى مضارب ثان، ومن وجه بمنزلة الوكيل؛ لأنه لا يثبت للوصي شركة في الربح، كما لا يثبت للوكيل حال حياة المضارب شركة في الربح، ولو كان بمنزلة المضارب الثاني من كل وجه لم يصح تصرفه من غير

---

(١) وردت في الأصل: وهو يملك بائع ذلك.

إذن رب المال ، ولو كان بمنزلة الوكيل من كل وجه ، لم يكن له منعه منه ، فإذا كان بينهما فلنا . لا يكون لرب المال أن يمنع وصي المضارب عن البيع كما لا يمنع وكيله بالبيع حال حياته عملاً بمعنى التوكيل من حيث إنه وصي المضارب من وجه كان لرب المال أن يتصرف مع وصيه توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان ، بخلاف الوكيل حال الحياة ؛ لأنه ليس بمعنى مضارب ثان بوجه ما ؛ لأنه لم يقم مقام المضارب فيما كان له ، وأما الوصي فقد قام مقامه في جميع ما كان له ثمة ، وإن لم يكن له وصي ، جعل القاضي له وصياً ، كما في غيره من حقوق المضارب إذا لم يترك وصياً ، فإن أراد رب المال أن[1] يأخذ الدنانير بقدر رأس المال وحصته من الربح ، فأعطاه الوصي ذلك فهو جائز لوجهين : أحدهما : وهو أن صلحه رب المال كبيعه الدنانير منه ، ولو باع الدنانير من رب المال برأس ماله وبحصته من الربح جاز ، فكذا إذا صالحه . والثاني : أن الوصي قائم مقام الموصي ، وكان للمضارب هذا حال حياته ، فكذا لوصيه .

هذا الذي ذكرنا إذا كان مال المضاربة معروفاً ظاهراً يعرف بعينه في يد المضارب ، فأما إذا كان لا يعرف في يده بعينه ، وعليه دين الصحة ، فرب المال أسوة الغرماء في جميع ما في يد المضارب ؛ لأن رب المال غريم من غرمائه ؛ لأن المضاربة كانت معروفة عند المضارب في الأصل ، فكان بمنزلة وديعة معروفة عنده ، وقد مات المودع مجهلاً ، ولو كان كذلك كان صاحب الوديعة غريماً من غرمائه ؛ لأن المودع بالتجهيل يصير ضامناً ؛ لأنه يصير مستهلكاً الأمانة بالتجهيل .

فإن قيل : يجب أن لا يكون رب المال أسوة لغرماء الصحة فيما في يدي المضارب لوجهين : أحدهما : أن دين رب المال إنما وجب بالتجهيل في آخر جزء من أجزاء حياة المضارب ، فيكون دين المرض ، فإنه مؤخر عن دين الصحة ، والثاني : أن المضارب إنما تضمن بالتجهيل إذا بقي مال المضاربة إلى وقت الموت ، وبقاؤه إلى وقت الموت باستصحاب الحال ، وأنه يصلح حجة للدفع لا للإبطال ، فمتى عفنا حق رب المال في يد المضارب ، أبطلنا حق غرماء الصحة في ذلك القدر باستصحاب الحال ، وإنه لا يجوز .

قلنا : الجواب عن الأول أن دين رب المال وجب في المرض ، إلا أن سببه وُجد في

---

(١) في م : بأن.

حال الصحة ، وهو المضاربة ، فإن المضاربة حالة الصحة كانت ظاهرة ، والدين وجب بسببها ، والدين متى وجب على المريض بسبب ظاهر في حالة الصحة ، فإنه يساوي دين الصحة كما لو كفل بما ذاب له على فلان في حالة الصحة ، ثم ذاب له على فلان شيء في مرض الكفيل ، فإن المكفول له يساوي غرماء الصحة في الكفيل ؛ لأن سبب وجوب هذا الدين إنما هو الكفالة في حالة الصحة ، وإنه كان أمراً ظاهراً .

وأما الجواب عن الثاني فنقول : نحن اعتبرنا القيام الثابت باستصحاب الحال حجة للدفع ؛ لأنا دفعنا بالقيام الثابت من حيث الظاهر تعلق حق غرماء المضارب بمقدار رأس مال المضاربة ، فإن التعلق لم يكن ثابتاً ، وإنما يثبت بمرض ، فنحن بالقيام الثابت من حيث الظاهر دفعنا ثبوت حقهم ، لا إنا أبطلناه بعد الثبوت .

١٨٢٥٧ - ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف ، فأقر المضارب عند موته أنه قد باع بالمال ، واشترى فربح ألفاً ، ثم مات المضارب والمضاربة معروفة ، وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة والربح ، فإن رب المال يأخذ من مال المضارب رأس المال ألفاً ، ولا شيء له من الربح ، أما يأخذ رأس ماله من مال المضارب ؛ لأنه مات مجهلاً لمال المضاربة ، فصار ضامناً إياه ، ولا يضمن حصته من الربح ؛ لأن الربح لم يكن في يده في الأصل ، ووقع الشك في وصوله إلى يده إن قبضه ثبت يده على الربح ، وإن لم يقبض لا يثبت يده على الربح ، فلا تثبت يده عليه بالشك والاحتمال ما لم يقر بقبض الربح ، وتجهيل ما ليس في يد المجهل لا يوجب عليه ضماناً كمن عرف مال إنسان في مكان ، ولم يخبر صاحبه ، لا ضمان عليه كذا هذا .

فإن قيل : لما ضمن رأس المال ؛ لأنه بالتجهيل عجز رب المال عن الوصول إلى رأس ماله ، فصار كأنه استهلك رأس المال ، فيضمنه ، هذا المعنى موجود في حصة رب المال من الربح ؛ لأنه لما لم يبين من عليه الربح ، فقد عجز رب المال عن الوصول إلى حقه من الربح ، فيجب أن يصير ضامناً لها .

قلنا : إن التجهيل لرأس المال إنما كان سبباً للضمان ؛ لأنه استهلكه بالخلط ، فإن رأس المال صار مخلوطاً بماله متى لم يبين بحيث لا يمكن تمييز مال المضاربة من ماله ، والخلطة استهلاك ، فيكون سبب ضمان ، أو لأنه ترك الحفظ ؛ لأن حالة الموت حال

ثبوت يد الغير على ماله، فإذا لم يقدر الغير على إثبات اليد عليه بعد، فيبين كما إذا رأى المضارب إنسانًا يأخذ من مال المضاربة فسكت فكان التجهيل سبب ضمان رأس المال بهذا المعنى. فكذا يصير مضمونًا في حصته من الربح؛ لأنه لم تثبت يده عليه حتى يصير حافظًا لذلك بدله، فيضمنه بسبب الحفظ والاستهلاك، وإنه يصير تاركًا للحفظ بعد التزامه؛ لأنه إنما لزم المضارب والمودع الحفظ بالقبض، ولو أنه بعد عقد الإيداع والمضاربة قبل القبض إذا رأى إنسانًا على سرقته حتى سرقه لم يضمن، ولم تثبت يده على الربح، يصير ضامنًا حصته من الربح؛ لأنه أقر بثبوت يده على الربح، وإنه أتلفه في يده، وتجهيل ما بيد الأمين عليه سبب ضمانه، فيضمن حصته من الربح مع رأس المال من قبل قبض الربح.

١٨٢٥٨ - ولو أن المضارب قال في مرضه: قد ربحت في المضاربة ألفًا، ووصلت إلى رب المال كله، وكذبه رب المال، وقال: لا، بل عندك، ومت وأنت ضامن بالجحود، فالقول قول المضارب مع يمينه؛ لأن رب المال يدعي على المضارب ضمانًا وهو ينكر، فيكون القول قوله مع اليمين كما في الوديعة، وإن مات قبل الاستحلاف فإنه يستحلف الورثة على العلم؛ لأن رب المال يدعي دينًا على مورثهم بسبب الجحود.

١٨٢٥٩ - ومن ادعى دينًا على الميت وأنكر الوارث، فإنه يستحلف على العلم؛ فإن حلفوا برئوا، وإن نكل واحد منهم عن اليمين، لزمه رأس المال، وحصة رب المال من الربح من نصيبه خاصة؛ لأنه أقر بالدين على مورثه، فيستوفى كله من نصيبه خاصة، وكذلك لو قال المضارب في مرضه قد دفعت رأس المال إلى رب المال، وحصته من الربح، وكذبه رب المال، فإن القول قول المضارب مع يمينه، ولا ضمان عليه.

١٨٢٦٠ - وإن مات المضارب قبل أن يستحلف، فلرب المال أن يستحلف الورثة على ما بينا في الفصل الأول، إلا أن هذا يخالف الفصل الأول في شيء، وهو أن ما في يد المضارب من حصته من الربح في زعمه، فإن رب المال يأخذ منه رأس المال، فإن بقي شيء اقتسماه بينهما على ما شرطا، وهذا لأن الأمين مصدق فيما يدعي من براءة نفسه عن الضمان، ولا يصدق فيما يدعي من الحكم الإثباتي لنفسه؛ لأنه يدعي أن جميع ما في يده له خاصة، فلا يصدق في ذلك، ولم يظهر من عقد المضاربة إلا هذا القدر، استوفى

رب المال رأس ماله منه، وبقي شيء يقتسمانه على ما شرطا.

وإن كان على المضارب دين يحيط بماله، وحصة المضارب من الربح غير معروفة، وقد علم أن المضارب قد ربح ألف درهم، ووصلت إليه، فإن رب المال يقدم على الغرماء فيما في يد المضارب من الربح، ولا يحاصهم مقدار رأس ماله وحصته من الربح؛ لأن المضارب مصدق في قوله: دفعت رأس المال إلى رب المال وحصته من الربح في أنه لا ضمان عليه، ولا يصدق فيما يدعي من استهلاك ما في يده[1] لنفسه، وإذا كان كذلك، لم يظهر من مال المضاربة إلا هذا القدر، وكان لرب المال أن يأخذه برأس ماله. فإذا مات مجهلاً له، صار ضامناً هذا القدر لرب المال، فيحاص بهذا القدر مع غرمائه.

١٨٢٦٦ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، فأقر عند موته وعليه دين محيط بماله أنه قد ربح في المال ألف درهم، وأن المضاربة والربح دين على فلان، ثم مات المضارب من مرضه ذلك، فإن صدقه الغرماء في ذلك، صح تعيين المضارب، ويثبت أن ما على فلان مال المضاربة لتصادقهم على ذلك، وإن كذبوه في ذلك، وقالوا: ما على فلان ليس من مال المضاربة، وإنما هو مال المضارب، لم يصح تعيين المريض إذا لم يعرف ما على فلان للمضاربة إلا بإقراره، وإنما كان كذلك؛ لأنه عين ديناً من ماله للمضاربة وعليه دين الصحة، ولم يعرف ما عين للمضاربة إلا بقوله، فإن صدقه الغرماء في ذلك صح تعيينه، وصار الثابت بتصادقهم كالثابت معاينة.

ولو عاينا أن ما على فلان مال المضاربة والربح يستوفي رب المال أولاً رأس ماله وحصته من الربح، ثم حصة المضارب من الربح تقسم بين غرمائه، فكذا هذا.

وإن كذبوه في ذلك، ولم يعرف ما على فلان مال المضاربة إلا بإقراره، لم يصح تعيينه؛ لأنه قصد بهذا التعيين إبطال حق الغرماء من حيث الظاهر؛ لأنه إذا لم يعرف ما على فلان من مال المضاربة، فقد تعلق بما على فلان حق غرماء الصحة؛ لأن حقهم يتعلق بجميع مال المريض عيناً كان أو ديناً، فهو بهذا التعيين يريد إبطال حق الغرماء، فلا يصح تعيينه إذا لم يصدقه الغرماء في ذلك، وكان بمنزلة ما لو أقر بمال بعينه أنه مال المضاربة، وربحها وعليه ديون الصحة، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، إن صدقه الغرماء في

---

(١) وفي ظ وم: «مما بيده».

ذلك صح تعيينه ، وإن كذبوه لم يصح التعيين ، وكان رب المال أسوة للغرماء في مال المضاربة بمقدار رأس المال يضرب به مع الغرماء ، ولا يضرب بالربح ، وهذا إذا كانت معروفة في الصحة إلا أنه لم يعرف مال المضاربة إلا بقوله ؛ وذلك لأن المضاربة إذا كانت معروفة في حالة الصحة ، فرب المال في مقدار رأس المال بمنزلة غريم الصحة ؛ لأن رأس المال إنما صار ديناً في تركة المضارب بالمضاربة والتجهيل والمضاربة وُجدت في الصحة ، والتجهيل وُجد معاينة ، فصار بمنزلة غريم من غرماء الصحة بمقدار رأس المال ، فيضرب مع الغرماء بقدر رأس المال في مال المضارب ، ولا يضرب بشيء من الربح ؛ لأن الربح لم يعرف إقراره في المرض ، ودين المرض مؤخر عن دين الصحة ، واعتبر بما لو كانت المضاربة غير معروفة في حالة الصحة ، وإنما عرفت بقوله ثمة لا يضرب رب المال برأس المال مع غرماء الصحة ، فكذا هذا.

هذا إذا كانت المضاربة معروفة في الصحة ، وأما إذا كانت غير معروفة ، ولم يعرف إلا بإقراره ، فإنه لا يضرب برأس المال مع غرماء الصحة ؛ لأن المضاربة إذا لم تعرف إلا بقوله ، فهو بمنزلة دين المرض ، ودينه مؤخر عن دين الصحة ، فكذا هذا.

الفصل الرابع والعشرون
في تصرف المضارب مع من لا تقبل شهادته له

١٨٦٦٢ - وإذا اشترى المضارب ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة أو الزوجية، بأن اشترى من أبيه أو أمه أو ولده أو من امرأته أو اشترى أو باع للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب الملك كمكاتبه وعبده المديون، وكل وجه من ذلك على ثلاثة أوجه : إما أن يشتري، أو يبيع من هؤلاء للمضاربة بما لا يتغابن الناس في مثله، أو بما يتغابن في مثله أو بمثل القيمة، فإن باع، أو اشترى ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة أو الزوجية، إن باع، أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، فإنه لا يجوز عندهم جميعاً، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : فلأنه لو باع أو اشترى من أجنبي لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز عندهما، والأملاك متباينة بينه وبين الأجنبي رقبة ومنفعة، فلأن لا يجوز من هؤلاء بما لا يتغابن الناس في مثله والأملاك متصلة منفعة إن تباينت رقبة أولى، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله في الشراء فلأنه لو اشترى من أجنبي بغبن فاحش للمضاربة، لم يجز فمن هؤلاء أولى، وفي البيع فلأن بيع المضارب بغبن فاحش من الأجنبي إنما جاز عنده فلانتفاء التهمة ثمة، ووجدت التهمة ههنا في البيع منهم بغبن فاحش فلا، فإن الأملاك متصلة بينه وبينهم منفعة، فبينهم متى حصل البيع والشراء منهم، وإن كان بما يتغابن الناس في مثله، لا يجوز ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، كما في الوكيل الخاص، وعندهما يجوز ذلك من الوكيل الخاص، فلأن يجوز من المضارب، وإنه أعم تصرفا منه أولى، وكل واحد منهم سوّى بين المضارب والوكيل الخاص.

فأما إذا باع أو اشترى من هؤلاء للمضاربة بمثل القيمة، فيجوز عندهم جميعاً، أما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يجوز بغبن يسير، فبمثل القيمة أولى، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله اتفقت الروايات عنه ذلك، واختلفت الروايات عنه في الوكيل الخاص بالبيع والشراء إذا باع أو اشترى من هؤلاء للموكل بمثل القيمة، ذكر في كتاب البيوع أنه لا يجوز، وذكر في كتاب الوكالة أنه يجوز، فأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين

للمضارب والوكيل الخاص على رواية كتاب البيوع.

والفرق أنه ظهر للمضارب فضل مزية على الوكيل الخاص في حق التصرف حتى كان للمضارب المضاربة مرة بعد أخرى والتوكيل والإبضاع من الغير، وليس للوكيل الخاص ذلك، وظهر نقصان رتبة المضارب عن الوصي حتى كان للوصي دفع المال مضاربة، وأن يشارك في مال اليتيم، وأن يكاتب به ويزوج أمة اليتيم، والمضارب لا يملك ذلك، فلما ظهر فضل مزية المضارب على الوكيل ونقصان رتبة المضارب على الوصي في التصرفات يجب أن يظهر فضل مزية على الوكيل الخاص، ونقصان مرتبته عن الوصي مع من يعاقده اعتبارًا بمن تعاقد معه بالتصرف، وإنما تظهر مرتبة الوكيل في حق من يعاقده، ويتصرف معه إذا ملك المضارب البيع أو الشراء من هؤلاء بمثل القيمة، ولا يملك الوكيل الخاص، وإنما يظهر نقصان رتبته عن الوصي في حق من يعاقده إذا ملك الوصي البيع والشراء من هؤلاء بما لا يتغابن الناس في مثله، والمضارب لا يملك ذلك إلا بمثل القيمة. فهذا هو الفرق لأبي حنيفة رحمه الله على رواية كتاب البيوع.

فأما إذا باع أو اشترى ممن لا تقبل له شهادته بسبب الملك، كمكاتبه وعبده المديون، فإن باع أو اشترى للمضاربة من هؤلاء بغبن فاحش، فإنه لا يجوز على المضاربة عندهم جميعًا؛ لأنه لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة بغبن فاحش، لم يجز عندهم جميعًا، وإن لم يكن للمضارب حق الملك في مال هؤلاء.

وكذا إذا باع أو اشترى منهما بغبن يسير، لا يجوز عندهم جميعًا أيضًا، أما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلأنه لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة بما يتغابن الناس في مثله، لم يجز عنده، وإن لم يكن للمضارب حق ملك في مال هؤلاء، فلأن لا يجوز من مكاتبه وعبده المديون وله حق ملك في مالهما أولى وأحرى.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله: فهذا بخلاف ما لو باع أو اشترى للمضاربة ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة؛ وذلك لأن بيعه وشراءه ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة، وليس للمضارب في مال هؤلاء حق ملك، والبيع والشراء من الأجنبي سواء.

١٨٢٦٣ - ولو اشترى، أو باع من الأجنبي مال المضاربة بما يتغابن الناس في مثله، جاز على المضاربة، فكذا إذا اشترى، أو باع للمضاربة من هؤلاء، فأما إذا باع، أو اشترى مكاتبه، فهو كالبيع والشراء من نفسه من وجه؛ لأن له حق ملك في مال هؤلاء، ولو باع، أو اشترى من نفسه للمضاربة من كل وجه، لا يجوز على كل حال، فكذا إذا باع أو اشترى من هؤلاء بما يتغابن الناس في مثله، وانه بيع وشراء من نفسه من وجه لا يجوز.

فأما إذا اشترى منهما بمثل القيمة فإنه يجوز[1] عندهم جميعًا، أما عندهما فلا إشكال؛ لأن هذا يجوز من الوكيل الخاص، فمن المضارب وانه أعم تصرفا منه أولى، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: فعلى رواية كتاب الوكالة: لا يحتاج إلى الفرق بين المضارب والوكيل الخاص على مذهبه، وإنما يحتاج إليه على رواية كتاب البيوع، والفرق له على ما ذكرنا فيما إذا اشترى ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة جاز.

وحاصل الجواب في هذه المسألة أن المضارب إذا باع أو اشترى ممن لا تقبل شهادته له، إن كان بمثل القيمة جاز عندهم جميعًا، وإن كان بما لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز عندهم جميعًا، وإن كان بما يتغابن الناس في مثله، لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز إلا من مكاتبه وعبده المأذون.

---

(١) وفي الأصل وم: "لا يجوز".

واعتبره بالوكيل الخاص في ذلك، فكذا في حق الرضاء بالعيب يعتبر به.

ومنهم من يقول: المضارب إذا رضي بالعيب، فإنه لا يلزمه، وإنما يلزم المضاربة، سواء رضي بالعيب قبل القبض أو بعده، بخلاف الوكيل الخاص، فإنه إن كان بعد القبض يلزمه، ثم اختلفوا في الفرق بينهما، وأصح ما قيل فيه أن الرضى بالعيب من صنيع التجار، فإنهم يرضون بالعيب إذا رأوا الربح مع العيب، وقد أمر المضارب بالتجارة مرة بعد أخرى، فيدخل الرضى بالعيب تحت المضاربة لأجل البيع مرة بعد أخرى، ومن قال تبرعًا فالتأجيل والإعارة، وكان بإذن رب المال، فجاز على رب المال. فأما في الوكيل الخاص فما صح إن كان من صنيع التجار، إلا أنه لم يؤمر بالتجارة مرة بعد أخرى، فلا يكون الرضى بالعيب داخلا تحت الوكالة، فيكون بغير إذن رب المال، فيلزمه، ولا يلزم الموكل.

١٨٢٦٥ - هذا إذا ادعى البائع الرضى بالعيب على المضارب، فأما إذا ادعى الرضى به على رب المال، وأنكر المضارب، فأراد أن يستحلف رب المال والمضارب على ذلك، فإنه لا يستحلف لا المضارب ولا رب المال، أما رب المال فلكونه أجنبيا؛ لأن المضارب في حق الحقوق بمنزلة المالك، والرد بالعيب من حقوق العقد، فيكون المضارب فيه بمنزلة المالك كأنه اشترى لنفسه، فعلى هذا الاعتبار يكون رب المال أجنبيا.

١٨٢٦٦ - ولو ادعى الرضى على أجنبي، وأراد استحلافه لا يستحلف، فكذا هذا، وأما المضارب فلأنه لم يتوجه عليه هذه الدعوى، فإنه لم يدّع الرضى على المضارب، فأولى أن لا يستحلف، ونظير هذا ما إذا ادعى رجل على صبي محجور أنه استهلك ماله، وأنكر الصبي فإنه لا يستحلف الصبي ولا وصيه، أما الصبي فلأنه محجور، والخصومة مع المحجور لا تصح، واليمين على المدعى عليه إنما يجب بعد صحة الدعوى، وأما الوصي فلأن الصبي الذي توجه عليه الدعوى لم يستحلف، فالوصي ولم يتوجه عليه هذه الدعوى أولى.

فإن قيل: إذا ادعى البائع رضى الأجنبي إنما لا يستحلف الأجنبي ولا المضارب؛ لأن رضى الأجنبي بالعيب لا يصح، ألا ترى أن المضارب لو أقر بذلك لا يصح، وهنا رضى رب المال بالعيب صحيح حتى تسمع البينة على ذلك، ولو أقر به المضارب لم يكن

له حق الرد بالعيب، ولكن يجب أن يحلف المضارب على ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يجب أن يستحلف على ذلك.

ثالثاً: إن رب المال بمنزلة الأجنبي من وجه، وبمنزلة المشتري بنفسه من وجه. أما منزلة الأجنبي من وجه فلأن المضارب في حق حقوق العقد بمنزلة المالك، كأنه اشترى بنفسه، فيكون رب المال بهذا الاعتبار أجنبياً، ومن حيث إن المضارب نائب عن رب المال في حق الملك فإن الملك يقع لرب المال، يكون رب المال كالمشتري بنفسه من هذا الوجه، فيكون الرضى بالعيب حاصلاً من المشتري، فعملنا على الأمرين جميعاً، فلكونه أجنبياً من وجه لم يصح هذه الدعوى في حق استحلاف المضارب، كما لو ادعى رضى الأجنبي، ولكونه بمنزلة المشتري من وجه صح الدعوى في حق إقامة البينة على رب المال، توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، إلا أنا أظهرنا صحة الدعوى في سماع البينة وفساد الدعوى في حق الاستحلاف؛ لأنا أمكننا العمل بالأمرين؛ لأنا متى أظهرنا صحة الدعوى في حق الاستحلاف، فلا بد أن نعتبر صحيحة في حق البينة؛ لأنه لا يستحلف إلا الأصيل في الدعوى، ومتى نظهر صحة الدعوى في حق إقامة البينة لا تظهر في حق الاستحلاف؛ لأن البينة قد تسمع على النائب، ألا ترى أن في مسألة الوصي لو أقام المدعي البينة على الوصي سمعت، ولو أراد استحلاف الوصي لم يكن له ذلك.

١٨٣٦٧ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة، فاشترى به ثوباً يساوي ألفاً، ورآه رب المال ولم يره المضارب، فالمضارب بالخيار إذا رآه؛ لأنه في حقوق العقد كالمالك، كأنه اشترى لنفسه، وفي حق الملك نائب عن رب المال كأن رب المال اشتراه بنفسه، وأي الأمرين اعتبرنا ثبت له خيار الرؤية، إن اعتبرنا أصالة المضارب في حق الحقوق يثبت له خيار الرؤية؛ لأنه لم يره، وإن اعتبرنا النيابة وجعلنا كأن رب المال اشتراه بنفسه من وجه ثبت له خيار الرؤية؛ لأن رب المال لو اشترى بنفسه، ولم يعلم أن المشتري مرئيه، يكون له خيار الرؤية؛ لأنه لا يثبت منه الرضى بذلك.

ألا ترى أن من اشترى ثوباً ملفوفاً قد رآه، إلا أنه لم يعلم المشتري أنه رآه، كان له خيار الرؤية، ورب المال إن جعل هنا مشترياً بنفسه، فإنه لم يعلم أن ما اشتراه مرئيه، فكان له خيار الرؤية بالاعتبارين. وهذا بخلاف ما لو عقد المضاربة على أن يشتري كان

المضاربة عبد فلان بعينه ثم بيعه ، فما كان فيه من فضل ، فهو بينهما نصفان ، فاشتراه المضارب ولم يره ، وقد رآه رب المال ؛ فإنه لا خيار للمضارب ، وذلك لأن خيار الرؤية إن ثبت من حيث إن المضارب في حق الحقوق بمنزلة الأجنبي كأنه اشتراه بنفسه ولم يره ، لا يثبت له الخيار من حيث إنه نائب عن رب المال في حق الملك ؛ لأنه على هذا الاعتبار يكون رب المال هو المشتري ، ولو اشتراه رب المال بنفسه ، لا يكون له خيار الرؤية ؛ لأنه اشترى ما رآه وهو عالم به ، فكذا إذا اشترى نائبه ، فأما ههنا فقد أمره بشراء عبد بغير عينه ، فلم يعلم رب المال أنه اشترى له ما رآه ، وإذا جهل بحال المشتري ؛ صار كأنه المشتري بنفسه ، ولم يعلم أنه رآه .

وكل جواب عرفته في المضارب ، فهو الجواب في الوكيل الخاص إذا اشترى ولم يره ، وقد رآه موكله ، إن كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه ، يثبت له خيار الرؤية ، وإن كان وكيلا بشراء عبد بعينه ، لا يثبت له خيار الرؤية ؛ لما ذكرنا في المضارب .

وكل جواب عرفته في خيار الرؤية ، فهو الجواب في خيار العيب في المضارب ، والوكيل إذا اشترى عبداً معيباً ، وقد علم رب المال ، إن كان مأموراً بشراء عبد بغير عينه ، ثبت خيار العيب ، وإن كان وكيلا بشراء عبد بعينه ، وقد علم رب المال بالعيب ، لا يثبت له خيار العيب ، لما ذكرنا في خيار الرؤية .

فإن كان رب المال لم يره ، ورآه المضارب فاشتراه ، فليس للمضارب خيار الرؤية ولا لرب المال ، وذلك لأن خيار الرؤية إن ثبت باعتبار أن رب المال هو المشتري بنفسه في حكم العقد ؛ لأنه لم يره ، فلا يثبت باعتبار أن المضارب هو المشتري لنفسه في حقوق العقد ؛ لأنه قد رآه فلا يثبت خيار الرؤية ، وكان بمنزلة ما لو كان المضارب مأموراً بشراء عبد بعينه رآه رب المال ، ولم يره المضارب ، لم يثبت خيار الرؤية ؛ لأنه من حيث إن رب المال هو المشتري بنفسه من وجه لم يثبت له خيار الرؤية ؛ لأنه اشترى ما رآه ، وهو عالم به ، وباعتبار أن المضارب هو المشتري لنفسه في حق الحقوق ، ولم يره ، فلم يثبت خيار الرؤية ، فكذلك هذا .

والجواب في الوكيل الخاص بالشراء كالجواب في المضارب ؛ لأن الوكيل الخاص في حق الحقوق كالمشتري لنفسه ، والموكل كالمشتري بنفسه من حيث إن الوكيل نائب

الفصل السادس والعشرون
في دفع مال الصغير مضاربة وفي أخذ مال المضاربة للصغير

١٨٢٧٠- قال محمد في «الأصل»: إذا دفع رجل إلى آخر مالاً مضاربة لابنه وهو صغير في عياله على أن يعمل الأب معه بالنصف، فما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب نصفه، وللأب ثلثه، ولابنه سدسه، فالمضاربة جائزة على هذا الشرط، ومراد محمد رحمه الله صبي يعقل ويقدر على العمل.

أما لو كان صبياً لا يقدر على العمل، فلا تجوز المضاربة للصبي، فقد ذكر القدوري في كتابه: إذا أخذ الرجل لابنه الصغير لا يعقل مالاً مضاربة ليعمل هو، فالمضاربة للأب، ولا شيء للابن؛ لأن الربح يستحق بالمال أو بالعمل، ولم يوجد واحد منهما في حق الصبي، وفي وضع المسألة في «الأصل» إشارة إلى هذا، فإن محمداً رحمه الله قال: على أن يعمل الأب معه بالنصف.

قال القدوري: وإن كان الابن يقدر على العمل، فالمضاربة للابن، والربح له، يريد به إذا لم يشترط عمل الأب معه، ولم يشترط للأب شيء من الربح، قيل: مسألة «الأصل» قال القدوري: فإن عمل الأب معه بأمر الابن، فهو متطوع، وإن كان بغير أمره، فهو بمنزلة الغاصب.

١٨٢٧١- وإذا دفع الأب مال ابنه الصغير مضاربة إلى نفسه، فهو جائز، وإنه مشكل؛ لأن زوال يد الدافع شرط صحة المضاربة، ولم يوجد هاهنا. والجواب: أن زوال يده من حيث الاعتبار إن لم يزل من حيث الحقيقة؛ لأن قبل دفع المال إلى نفسه كانت يد الأب يد نيابة عن الصغير من كل وجه للحفظ، وبعد الدفع صار يده يد نفسه على المال من وجه، حتى يستفيد به الربح لنفسه، وزوال يد النائب عن المال من وجه يكفي لصحة المضاربة؛ لأنا لو شرطنا زوال اليد من كل وجه، لما جازت مضاربة الأب، فإن يد المضارب يد رب المال من وجه.

(١) وفي الأصل: ... من كل وجه.

وكذلك إذا أخذ الوصي مالا مضاربة على الصغير الذي في عياله على أن يعمل معه على أن يكون للوصي الثلث، وللصغير الثلث، ولرب المال الثلث، فهذه المضاربة جائزة.

١٨٢٧٢ - وإذا دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة، فهو جائز؛ لأن للصغير فيه نفعًا ظاهرًا؛ لأن بالمضاربة يستنمي ماله من غير عوض يستحق من ماله؛ لأن ما يستحقه المضارب من الربح يعتبر حاصلًا من عمله الذي هو رأس ماله، لا من مال الصغير، حتى لا يصير إجارة، فكان هذا التصرف نفعا في حق الصغير من كل وجه، والوصي يملك مثل هذا التصرف في مال الصغير مع نفسه، ثم الأب إذا أخذ مال ابنه الصغير مضاربة لنفسه، أو الوصي إذا فعل ذلك، وشرط عمل الصغير مع نفسه، والصغير يعقل التجارة، ويقدر عليها، فسدت المضاربة؛ لأن الصغير يصير مأذونًا له، والصغير المأذون له في ماله بمنزلة البالغ، ورب المال إذا كان بالغًا، وشرط عمل نفسه مع المضارب، أليس أنه يفسد به المضاربة، كذا هنا.

الفصل السابع والعشرون

في الاختلاف الواقع بين المضارب ورب المال

هذا الفصل يشتمل على سبعة أنواع

٢٨٢٧٣ - الأول: فيما إذا اختلفا في مشترى المضارب، هل هو للمضاربة؟

٢٨٢٧٤ - ومن دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى عبدًا بألف درهم، ولم يقل عند الشراء: إنه اشتراه للمضاربة، ثم خاصمه فقال: اشتريته ناويًا أن يكون على المضاربة، وكذبه رب المال، وقال: اشتريته لنفسك، هل يصدق المضارب فيما قال؟ فهذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه: إما أن يكون مال المضاربة والعبد قائمين وقت إقرار المضارب، أو كانا هالكين، أو كان العبد قائمًا، ومال المضاربة هالكًا، أو كان مال المضاربة قائمًا، والعبد هالكًا، ففي الوجه الأول القول قول المضارب مع يمينه؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه، فإنه لو اشترى العبد الآن صح شراؤه للمضاربة، ومن حكى ما يملك استئنافه فإنه يصدق فيما حكى من غير بينة على ما عرف، وإذا صدق في ذلك وإن هلك مال المضاربة في يده قبل التسليم إلى البائع فإنه يرجع على رب المال بثمنه، ويسلمه إلى البائع؛ لأنه يصير شراء مبتدأ للحال، وإذا هلك ثانيًا قبل التسليم إلى البائع، رجع على رب المال مرة أخرى، فيجعل كأنه اشتراه للحال. ويكون الجواب فيه كالجواب في الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال: اشتريت هذا العبد والمال قائم في يده، والعبد قائم، ثم هلك الثمن، كان القول قول الوكيل، ويجعل كأنه اشترى للحال، كذا هنا.

وفي الوجه الثاني: لا يصدق المضارب من غير بينة، ويضمن المضارب للبائع ألف درهم، ولا يرجع على رب المال بشيء؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه؛ لأن بعد هلاك مال المضاربة انعزل المضارب، وإذا انعزل لا يملك إنشاء الشراء على المضاربة، فقد حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال، فلا يصدق فيما حكى من غير بينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال: كنت بعت، وكذبه الموكل، فلا يصدق الوكيل إلا ببينة، وكالوصي بعدما

بلغ الصغير إذا قال: كنت بعت قبل البلوغ.

وكذلك الجواب في الوجه الثالث، وهو ما إذا هلك مال المضاربة، وبقي العبد في يده لا يصدق؛ لأنه أخبر عن الشراء بعد العزل؛ لأن المضارب ينعزل بهلاك مال المضاربة، ورأس المال ههنا هالك من كل وجه، فانعزل المضارب، والمضارب بعد العزل إذا أقر أنه اشترى قبل العزل، فإنه لا يصدق من غير بينة، وكان كالوكيل الخاص بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال بعد ما هلك المال المدفوع إليه: إني اشتريت هذا العبد، وكذبه الموكل، لم يصدق في ذلك، فكذا هذا.

وفي الوجه الرابع، وهو ما إذا كان مال المضاربة قائمًا، والعبد هالكًا، ذكر أن المضارب يصدق على رب المال في حق تسليم ما في يده من رأس مال المضاربة إلى البائع، وإذا هلك ما في يده، وأراد أن يرجع على رب المال بألف أخرى، فإنه لا يكون مصدقًا[1]، وذلك لأن رأس المال قائم من وجه هالك من وجه قائم من حيث الحقيقة، هالك من حيث المعنى، فإنه مشغول بثمن عبد هالك؛ لأن المضارب فيما يخبر من الشغل في رأس المال يصدق؛ لأنه مالك للشغل بدأ للحال، فإنه لو اشترى به شيئًا صح ذلك، فيملك الإقرار بالشغل، فصار رأس المال مشغولًا بثمن عبد هالك، فيكون هالكًا معنى، ولو كان هالكًا حقيقة بأن هلك رأس المال، لم يكن المضارب مصدقًا فيما حكى من الشراء قبل ذلك؛ لأنه يحكي عن الشراء على المضاربة وهو معزول. ولو كان رأس المال قائمًا حقيقة ومعنى بأن كان رأس المال مشغولًا بثمن عبد قائم، صدق فيما أخبر من الشراء في حق تسليم ما في يده إلى البائع، وفي حق الرجوع بمثله على رب المال متى هلك مال المضاربة في يده قبل التسليم إلى البائع، وإذا كان قائمًا من حيث الحقيقة هالكًا معنى، صدق فيما أخبر من الشراء على رب المال في حق تسليم ما في يده إلى البائع، ولم يصدق فيما أخبر في حق الرجوع بمثله على رب المال متى هلك المال في يده قبل التسليم إلى البائع توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، بخلاف ما لو كان رأس المال هالكًا، والعبد قائم؛ لأنه أخبر عن الشراء، ورأس المال هالكًا حقيقة ومعنى، فلم يكن مصدقًا فيما أخبر وجعل كأنه اشترى العبد للحال، ولو اشتراه للحال نفذ الشراء على

---

(١) وفي الأصل: مصدقًا في ذلك

كان الثمن مدفوعاً إليه، فاشترى للموكل، ثم نقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يحبس مال الموكل لنفسه، فكذا هذا، فأما إذا لم يضف الشراء إلى مال المضاربة، ولا إلى ماله، فالقول قول المضارب مع يمينه أنه ما اشترى للمضاربة، وذلك لأن المضارب لم يصر مقراً أنه اشترى للمضاربة، لا نصاً ولا اقتضاءً، واحتمل أن هذا الشراء للمضاربة، وأن يكون للمضارب؛ لأنه يملك الشراء لنفسه، فوجب الرجوع في البيان إليه؛ لأنه أعلم بذلك من غيره، ولأن الحر عامل لنفسه، فيجعل عمله له ما لم يجعل عمله لغيره إما نصاً أو دلالةً، ولا يحكم النقد، وإن كان الحال حال التكاذب، وفي الوكيل الخاص يحكم النقد حال التكاذب؛ لأن تحكيم النقد يوجب أن يكون الشراء للمضارب؛ لأنه وضع المسألة أنه نقد الثمن من ماله، لا من مال المضاربة.

هذا إذا تكاذبا، وإن اتفقا أنه لم تحضر للمضارب نية وقت الشراء، فعلى قول أبي يوسف: يحكم النقد إن نقد من مال المضاربة، كان الشراء للمضاربة، وإن نقد من ماله كان الشراء له، وعند محمد رحمه الله: يكون الشراء واقعاً للمضارب، نقد من ماله أو من مال المضاربة، كما في الوكيل الخاص على ما عرف في كتاب البيوع.

نوع منه

فيما إذا اختلفا في العموم والخصوص في المضاربة:

١٨٣٧٦ - المضارب ورب المال إذا اختلفا، فقال المضارب: دفعت إلي مال المضاربة بالنصف، ولم يسم شيئاً، وقال رب المال: إنما أذنت لك في الشراء، وقال في الطعام: إن كان قبل التصرف فالقول لرب المال، ولا يكون للمضارب التصرف في العموم. واعلم بأن العموم في المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه يثبت بمقتضى لفظ المضاربة، فإذا اختلفا على الوجه الذي ذكرنا، وكان ذلك قبل التصرف، فالقول لرب المال، ويجعل إنكاره العموم نهياً له عن العموم، ولو ثبت العموم بالنص أو باتفاقهما، ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف، عمل نهيه، فكذلك هنا، وأما إذا كان هذا الاختلاف بعد التصرف، فالقول قول المضارب مع يمينه استحساناً، وعلى رب المال البينة، وبالاستحسان أخذ علماؤنا الثلاثة، والقياس أن يكون القول قول رب المال مع

شهراً بخمسمائة درهم، فيكون الثاني ناسخاً للأول، كذا هنا.

وإن لم توقت البينتان وقتاً، أو وقتتا ووقتاهما على السواء، أو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى، ولم يعلم الأول من الآخر، فإنه يقضي ببينة الذي يدعي الخصوص منهما، وهذا لأنا متى لم نعلم الأول من الآخر تعذر القضاء بالأمرين؛ لأنه تعذر القضاء بهما معاً؛ لأن العموم والخصوص لا يجتمعان معاً، وكذا على التعاقب بأن يقدم إحداهما على الأخرى؛ لأن الشهود لم يشهدوا به بالترتيب، وليس إحداهما بأن يقدم على الأخرى بأولى، فتعذر القضاء بهما، وإذا تعذر القضاء وجب ترجيح إحداهما على الأخرى، ورجحنا بينة من يدعي الخصوص على بينة من يدعي العموم؛ لأن مدعي الخصوص يثبت ما ليس بثابت، وأثبته[1] بالمدعي، وكان بينته أولى بالقبول.

ونظيره في مسألة البيع: إذا أقام البائع البينة على البيع بألف، وأقام المشتري البينة أنه اشتراه منه بخمسمائة، ولم توقت واحدة من البينتين وقتاً حتى تعذر القضاء بهما معاً، فهناك اشتغلنا بالترجيح، فقضينا ببينة البائع؛ لأنها أكثر إثباتاً، وكذا هاهنا. بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العمل بهما جميعاً ممكن إذا علم الأول من الآخر، ومهما أمكن العمل بالبينتين يعمل بهما، ولا يشتغل بالترجيح، إنما يشتغل بالترجيح إذا تعذر العمل بهما، وأمكن العمل بإحداهما، هكذا ذكر في «الأصل».

وفي القدوري: إذا أقاما البينة، والمضارب يدعي العموم، فإن شهد شهوده أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة، فالبينة بينته، وإن لم يشهدوا بهذا الحرف، فالبينة بينة رب المال، وإذا اتفقا على الخصوص، واختلفا في النوع الذي وقع فيه الخصوص بعدما تصرف المضارب في ذلك، فأقاما جميعاً البينة. فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا اختلفا في العموم والخصوص إذا أقاما جميعاً البينة.

وإن وقتت البينتان وقتاً إحداهما قبل الأخرى، فإنه يعمل بهما، ويكون آخرهما ناسخاً للأولى، وإن لم يعلم الأول من الآخر بأن وقتتا على السواء، أو لم يوقتا، أو وقتت إحداهما دون الأخرى، وجب الاشتغال بترجيح إحداهما دون الأخرى، وكانت بينة المضارب أولى بالقبول؛ لأنه أثبت ما هو غير ثابت، وكذلك هنا.

(١) وفي الأصل: «وكان ما أثبته».

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى جميع البلدان، أو قال: لم تأمرني بشيء، وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول المضارب، ولو قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى البصرة والكوفة، وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول رب المال.

النوع الثالث[1] في اختلافهما في مقدار الربح المشروط للمضارب وفي اختلافهما في جهة قبض المال:

١٨٢٧٧- وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وربح فيها ألفا، ثم اختلف المضارب ورب المال، فقال المضارب: شرطت لي نصف الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح، فالقول قول رب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، فإن المضارب ادعى زيادة ربح، وأنكرها رب المال، فيكون القول قوله؛ لأنه لو أنكر شرط الربح أصلا وأساسا، وقال: ما دفعت إليك المال مضاربة، بل أبضعتك، كان القول قول رب المال، فكذا إذا أنكر زيادة شرط في الربح، وإن أقاما جميعا البينة، فالبينة بينة المضارب لوجهين، أحدهما: أن بينة المضارب تثبت زيادة شرط في الربح لا تثبتها بينة رب المال، والبينات شرعت للإثبات لا للنفي، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول، والثاني: أن رب المال ببينته ينفي ما هو ثابت، فإن القول[2] قول رب المال أنه شرط ثلث الربح، والمضارب ببينته يثبت ما هو غير ثابت، فكانت أولى بالقبول.

ولو كان رب المال قال: شرطت لك مائة من الربح، أو قال: دفعت إليك المال مضاربة، ولم أشترط لك شيئًا من الربح، ولك أجر مثل عملك، وقال المضارب: لا، بل شرطت لي نصف الربح، فالقول قول رب المال مع يمينه.

وكان ينبغي أن يكون القول قول المضارب؛ لأنه مدعي الجواز، ورب المال يدعي الفساد، والقول قول من يدعي الجواز لا الفساد، كما ذكره في النكاح والسلم والبيع إذا ادعى أحدهما الفساد والآخر الجواز.

---

(١) وفي الأصل: "الفصل السابع والعشرون في اختلافهما".

(٢) وفي الأصل: "فإن القول قوله لأن بينة رب المال ... إلخ".

١٨٢٩٠ - ومن دفع إلى غيره مالاً مضاربة، فاشترى به وباع، فربح وضيعة، فقال رب المال: شرطت لك نصف الربح ولم تربح شيئاً، وقال المضارب: شرطت لي ربح مائة، أو قال: دفعت إلي المال مضاربة، ولم تشترط لي ربحاً، فلي أجر مثلي فيما عملت، فالقول قول رب المال مع يمينه في ربح مائة، أو قال: دفعت إلى المضاربة عقداً جائزاً، فلأن يجعل القول هنا قول صاحب المال، وإنه يدعي عقداً جائزاً، والمضارب يدعي عقداً فاسداً أولى.

وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة رب المال، وإن أقام المضارب البينة أنه دفع إليه المال مضاربة، ولم يشترط له شيئاً؛ لأنا نعمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن الأمرين كانا، بمعنى كأنه دفع المال إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئاً، ثم قال: دفعت إليك مضاربة وشرطت لك نصف الربح، وقبل ذلك المضارب، ومهما أمكن من العمل بالبينتين، لا يشتغل بالترجيح، وإنما قدمت المضاربة الفاسدة على الجائزة؛ لأن الجائزة ترد على الفاسدة من الوجه الذي ذكرنا.

فأما الفاسدة من الوجه الذي ادعاه المضارب لا يرد على الجائز، فإن دفع إليه أولاً مضاربة بالنصف، ثم قال: دفعت إليك مضاربة، فإنه لا يثبت بهذا مضاربة فاسدة، فيكون إجماعاً(١) بالمضاربة الفاسدة على الجائزة؛ ومتى وجب تقديم الفاسدة على الجائزة، كانت البينة بينة رب المال، هذا إذا لم نشتغل بالترجيح، وإن اشتغلنا بالترجيح فيه وجه، وهو أن بينة رب المال مثبتة صورة من كل وجه؛ لأنها قامت على إثبات عقد، وعلى إثبات شرط في المضاربة، وهو النصف، ومثبتة أجر مثل من وجه؛ لأنها تثبت نصف الربح، وقد يحصل وقد لا يحصل، فإن حصل كان في الربح أجر المثل؛ لأن الربح دراهم، وفي أجر المثل كذلك، وإن لم يحصل لا يكون للمضارب شيء، وبينة المضارب مثبتة ونافية من حيث الصورة، وذلك لأنها قامت على إثبات عقد المضاربة، وإنه إثبات صورة، وعلى أنه لم يشترط فيها للمضارب شيئاً، وإنه نفي، فكانت بينة المضارب من حيث الصورة مثبتة من وجه، نافية من وجه، ومن حيث المعنى مثبتة من كل وجه؛ لأنها تثبت على رب المال أجر المثل ديناً في ذمته، ظهر في المال ربح أو لم

---

(١) هكذا في ظ، وكان في م: ويكون إجماعاً عن المضاربة الفاسدة على الجائزة.

الإبضاع، ولم تثبت شرطًا، ولكنها نافية من كل وجه، فإنها تنفي وجوب أجر المثل من كل وجه، وبينة المضارب من حيث الصورة نافية من وجه، مثبتة من وجه، من حيث إنها أثبتت عقدًا فهي مثبتة، ومن حيث إنها أثبتت نفي شرط كانت نافية صورة، إلا أنها معنى مثبتة من كل وجه، والإثبات معنى من كل وجه معارض بالإثبات صورة من كل وجه من بينة رب المال، بقي من بينة المضارب الإثبات صورة من وجه، والنفي من وجه، ومن بينة رب المال النفي من كل وجه، فترجح الإثبات من وجه دون وجه على النفي من كل وجه، وكانت بينة المضارب أولى من هذا الوجه.

وإن أقام المضارب البينة أنه شرط له من اربع مائة درهم، ولي عليه أجر المثل، وأقام رب المال البينة أنه شرط له نصف الربح، فالبينة بينة المضارب؛ وذلك لأن البينتين استويا في الإثبات من حيث الصورة، فإن بينة رب المال أثبت عقدًا وشرطًا، وهو اشتراط النصف للمضارب، وبينة المضارب أثبت عقدًا وشرطًا، وهو اشتراط المائة، فقد استويا في الإثبات صورة من هذا الوجه، ثم ترجحت بينة المضارب على بين رب المال لوجهين: أحدهما: وهو أن بينة المضارب مثبتة معنى لأجر المثل من كل وجه، وبينة رب المال مثبتة معنى من وجه، فإنها تثبت أجر المثل من وجه متى ظهر الربح، فإن في الربح أجر المثل، ونافية للأجر متى لم يظهر الربح، فترجحت بينة المضارب، وهي مثبتة من كل وجه على بينة رب المال، وهي من حيث المعنى نافية من وجه مثبتة من وجه.

والثاني: أن رب المال يثبت ببينته ما هو ثابت، فإن القول قول رب المال فيما يدعي، والمضارب يثبت ما هو غير ثابت، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول. وقد ذكر في كتاب المزارعة أن من دفع أرضًا وبذرًا إلى آخر ليزرع بالنصف، فعمل المزارع ولم تخرج الأرض شيئًا، فاختلفا فقال رب المال: شرطت لك نصف الخارج ولا شيء لك، وقال المزارع: شرطت لي عشرة أقفزة منها ولي عليك أجر مثل عملي، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن البينة بينة صاحب الأرض والبذر، لا بينة العامل، وهنا قال: البينة بينة العامل.

قال عيسى بن أبان: يجب أن يكون الجواب في مسألة المزارعة كالجواب في مسألة المضاربة؛ لأن المزارع أثبت شرطًا في المزارعة، وهو اشتراط عشرة أقفزة كالمضارب

أثبت اشتراط مائة في المضاربة ، وكان مسألة المزارعة نظير ما إذا أقام المضارب بينة أن رب المال شرط له من الربح مائة من الدراهم ، لا نظير ما إذا أقام المضارب بينة أن رب المال شرط له من الربح شيئًا ، وكان يطعن من هذا الوجه ، ويقول : لا معنى للفرق .

من مشايخنا من قال : لا فرق بين المسألتين ، بل فيهما روايتان ، ما ذكر في المضاربة يكون رواية في المزارعة - أن بينة العامل أولى ، وما ذكر في المزارعة يكون رواية في المضاربة . أن بينة صاحب المال أولى ، ففي المسألتين روايتان[1] ، إلا أن رواية كتاب المضاربة أصح من رواية كتاب المزارعة كما قال عيسى رحمه الله ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول : ليس في المسألة اختلاف الرواية ، وإنما اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع مسألة المزارعة أن المزارع أقام البينة على أنه شرط له عشرة أقفزة أو عشرين قفيزًا ، وموضوع مسألة المضاربة أنه شرط له مائة درهم فإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع من هذا الوجه ، وبيان ذلك أن العامل إن أقام البينة على إثبات شرط في المزارعة إلا أنه من حيث المعنى كأنه أقام البينة على أنه يشرط له شيئًا ، وذلك لأنه أثبت اشتراط عشرة أقفزة ، وإنها مما لا تستحق بحال أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج ، إنما استحق أجر المثل ، وإنه دراهم أو دنانير ، وليس في الدراهم والدنانير قفيزان ، وإذا كان ما يثبته المزارع من الشرط مما لا يستحقه المزارع بحال ، وهذا حكم النفي صار من حيث المعنى ، كأنه أقام البينة على أنه لم يشترط شيئًا ، ولو نفى الشرط من حيث الحقيقة كانت بينة رب الأرض أولى ، فكذا إذا نفى من حيث المعنى ، وفي مسألة المضاربة أقام المضارب بينة على أنه شرط له مائة درهم ، وقد يستحق هذا الشرط ، وإن قضى له بأجر المثل ؛ لأنه أثبت اشتراط دراهم وفي أجر المثل دراهم ، فكانت بينة المضارب قائمة على إثبات المشروط من حيث الصورة والمعنى جميعًا ، وغرضها إيجاب أجر المثل على كل حال ، فصار أولى من بينة رب المال ، وغرضها نفي أجر المثل بحال ، وهي مهما[2] لم يظهر الربح .

قيل : مسألة المائة من المزارعة أن لو أقام المزارع البينة أنه شرط له مائة درهم ،

(١) هكذا في ط ، وكان في غيرها : ففي المسألة روايتان .

(٢) وفي الأصل : مما .

ورب المال يقول: شرطت نصف الخارج، ويقيم على ذلك بينة، ولو كان كذلك كان بينة المزارع أولى كما في المضاربة، وقياس مسألة المزارع على الفقراء من مسألة المضاربة أن لو أقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئًا، ولو كان كذلك كان بينة رب المال أولى. وإذا ادعى المضارب أنه دفع إليه المال مضاربة، وشرط له ربح مائة، أو ادعى أنه لم يشترط له شيئًا، أو ادعى أنه شرط له نصف الربح، وقال رب المال: إنما دفعت إليه المال بضاعة، فالقول قول رب المال مع يمينه، وذلك لأنهما اختلفا في نوع العقد إذا ادعى المضارب المضاربة، إن ادعى أنه شرط له النصف، أو الإجارة الفاسدة إن ادعى أنه شرط له ربح مائة، أو دفع المال إليه مضاربة، ولم يشترط له شيئًا، وادعى رب المال البضاعة، وأنهما عقدان مختلفان.

وقد ذكرنا أن الاختلاف متى وقع في نوع العقد، كان القول قول رب المال، فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنه يثبت ببينته شركة في الربح إن أثبت مضاربة جائزة، أو أجر المثل إن أثبت المضاربة الفاسدة، ورب المال ينفي ذلك، فكانت بينة المضارب أولى بالقبول، وإذا كانت بينته أولى بالقبول، فإن كان شهوده شهدوا له بنصف الربح، فله ذلك، وإن شهدوا أنه شرط له مائة درهم، أو لم يشترط له شيئًا، فله أجر المثل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة.

١٨٢٨٦ - وإذا قال المضارب بعد ما تصرف وربح: أقرضتني هذا المال، وربحت فيه، فالربح كله لي، وقال رب المال: دفعته إليك مضاربة بالثلث، أو قال: دفعته إليك بضاعة، أو قال: دفعته إليك مضاربة، ولم أسم لك ربحًا، أو قال: بربح مائة درهم، فالقول قول رب المال، وعلى المضارب البينة؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد، العامل ادعى القرض، ورب المال ادعى المضاربة إن ادعى أنه شرط له ثلث الربح، أو الإجارة الفاسدة إن ادعى أنه سمى له مائة من الربح، أو لم يشترط أنه سمى له مائة من الربح، أو لم يشترط له ربحًا أو البضاعة، وفي مثل هذا كله القول قول صاحب المال، وإذا كان القول قوله مع يمينه في الفصول كلها، صار الثابت بقوله كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه دفع إليه بضاعة كان الربح مع رأس المال كله لرب المال، ولا شيء على رب المال للعامل، فكذا إذا أثبت البضاعة بقوله، وإذا كان قال رب المال: إنه مضاربة بالثلث، أخذ المضارب ثلث الربح، وذلك لأن المضارب مع رب المال تصادقا على الثلث، غير

أن رب المال ادعى أن الثلث له بجهة المضاربة، والعامل ادعى أن الربح كله له بحكم القرض، ومن ضرورة ذلك كون الثلث له، فقد تصادقا على كون ثلث الربح له، واختلفا في جهته فيه، لا تعتبر الجهة لاختلافهما، ووجب القضاء بما تصادقا عليه، وهو ثلث الربح، وكان الباقي محصورة بالثلث.

وإن كان قال رب المال: دفعت المال إليه مضاربة بغير تسمية ربح، أو بربح مائة درهم، فالمال كله لرب المال، وللمضارب أجر مثل عمله؛ لأن العامل زعم أن جميع الربح ملكه، وأن رب المال أقر له بأجر مثل عمله، وأنكر أن يكون الربح له، فكان للعامل أن يأخذ أجر مثل عمله من رب المال قضاء عما وجب له من ضمان الربح على رب المال بزعمه.

وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة العامل؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض، فإن القرض يرد على المضاربة، وهي لا ترد على القرض، فكان تقديم المضاربة على القرض، وفيه عمل بالبينتين أولى من تقديم القرض على المضاربة. وإنما وجب تقديم المضاربة ضرورة، والثابت ضرورة كالثابت معاينة، فصار كأنا علمنا أنه دفعه إليه مضاربة أو بضاعة ثم أقرضه إياه، وهناك يصح القرض، ويجمع الربح للمضارب، فكذا هذا.

١٨٤٨٢ - هذا إذا لم تشتغل بالترجيح، وإذا اشتغلنا به، فالترجيح لبينة المضارب. وذلك لأن بينة رب المال يثبت ما هو ثابت، فإنه تثبت بقاء ملكه في رأس ماله ثابت، والمضارب بينته يثبت زوال ملكه عن رأس المال، ونقله إلى نفسه، وإنه لم يكن ثابتاً، فكانت بينة المضارب أكثر إثباتاً، فكانت أولى بالقبول، وكان كمن ادعى عيناً في يده أنه اشتراه من فلان، وفلان يقول: لا، بل أعرتك، أو آجرتك، وأقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة مدعي الشراء؛ لأنه يثبت زوال ملكه، ونقله إلى نفسه، وإنه لم يكن ثابتاً، والآخر يثبت بقاء ملكه فيه، وإنه كان ثابتاً، فكانت بينة الشراء أولى بالقبول؛ لأنها أكثر إثباتاً.

وإن هلك المال في يد المضارب بعد ما اختلفا، فإن العامل ضامن جميع ما في يده لرب المال، عمل أو لم يعمل؛ لأنه ادعى لنفسه ما كان أمانة عنده، فصار جاحداً،

والأمانة تضمن بالجحود، وكان كالمودع إذا ادعى الوديعة لنفسه صار ضامناً، ثم ما قال: إنه يضمن جميع ما في يده لرب المال، إنما يستقيم إذا ادعى رب المال البضاعة أو المضاربة الفاسدة؛ لأن جميع المال أمانة في يد العامل في هذه الحالة رأس المال مع الربح كله، وقد ادعى الكل لنفسه. فصار ضامناً الكل بالجحود، فأما إذا قال رب المال: إنه دفع إليه المال مضاربة بالثلث، فإنه لا يضمن جميع ما في يده لرب المال، لأن قدر الثلث ملك العامل في زعمهما، فلا يضمنه بالدعوى لنفسه، وإنما يضمن ما وراءه؛ لأن ما وراء الثلث كان ملك رب المال، وإنه أمانة في يده، وقد جحدها، فيضمن ما وراء الثلث، وذلك ثلثا[1] الربح ورأس المال.

١٨٢٨٣- وإذا قال المضارب: دفعته إليَّ مضاربة، وقال رب المال: دفعته إليك قرضاً، فالقول قول رب المال، لما بينا أنهما اختلفا في نوع العقد. فإن هلك المال في يد المضارب، بعد هذا ينظر إن هلك قبل العمل فلا ضمان على المضارب، لأن المضارب لو ضمن قبل العمل فإنما يضمن بالقبض؛ لأنه لم يوجد منه عمل، وقد تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال دفعه إليه مضاربة أو قرضاً، والقبض متى كان بإذن صاحب المال، لا يوجب على القابض ضماناً إلا بالقرض، ولم يثبت القرض. فكان هذا نظير ما قال في كتاب الوديعة: إذا قال المودع: أخذتُ منك هذا المال وديعة، وقال رب المال: لا، بل أخذته قرضاً، وقد هلك المال قبل العمل، لا ضمان عليه؛ لأنهما تصادقا أن القبض حصل بإذن صاحب المال أخذه وديعة أو قرضاً، فكذا هذا، وإن هلك المال في يد المضارب بعد العمل، كان المضارب ضامناً للمال.

وكان يجب أن لا يكون المضارب ضامناً؛ لأنهما تصادقا على أن العمل في المال حصل بإذن رب المال؛ وإن كان قرضاً كما يدعيه رب المال، لكون العمل حاصلاً بتسليط رب المال؛ لأنه لما ملكه، فقد سلطه على العمل، فيكون العمل حاصلاً بتسليطه.

الجواب عنه أن هذا هكذا إذا ثبت الإذن بالعمل، ولم يثبت الإذن[2]؛ لأن صاحب المال يقول: أقرضتك، وإنما عملت في ملكك لا بإذني، والمضارب يقول: عملت في

(١) وفي الأصل: ثلثها.

(٢) وفي الأصل: ولم يثبت الإذن لصاحب المال بشرته، أقرضتك، وإنما عملت في ملكك لا بإذني.

مالك بإذنك، فلم يتصادقا[1] على أنه كان مأذونًا في العمل من جهة رب المال، فلم يثبت الإذن، بخلاف القرض؛ لأنهما تصادقا أنه قبض بإذن رب المال مضاربة أو قرضًا.

وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من ذلك، فالبينة بينة رب المال في الوجهين جميعًا، ضاع المال قبل العمل أو بعده، ويكون المضارب ضامنًا؛ لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم المضاربة على القرض ضرورة؛ لأن القرض يرد على المضاربة، والمضاربة لا ترد على القرض، وإذا وجب تقديم المضاربة وتأخير القرض ضرورة إمكان العمل، صار كالثابت معاينة.

ولو علمنا أنه دفع إليه مضاربة، ثم أقرضه بعد ذلك، إذا هلك المال في يد العامل، ضمن عمل أو لم يعمل، وكذا هذا، وليس تعلق بالترجيح ببينة رب المال؛ لأنها أكثر إثباتًا لأنها تثبت عقدًا، وهو القرض، وقبضًا بإذن، وإيجاب ضمان على المضارب، والمضارب أثبت عقدًا، وهو المضاربة، وقبضًا بإذن وشركة في الربح، ففي حق إثبات العقد والقبض بإذن استوت البينتان في الإثبات، بقي هذا من بينة المضارب إثبات شركة في الربح، ومن بينة رب المال إيجاب ضمان على المضارب إلا أن الضمان آكد وألزم من شركة الربح، فإن الشركة فيه قد تكون وقد لا تكون، والضمان يجب على المضارب على كل حال، فكان بينة رب المال أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول من بينة المضارب، فإذا كانت أولى بالقبول، ثبت القرض.

١٨٢٨٤ - ولو قال المضارب: دفعته إلي مضاربة، وقال رب المال: أخذته مني غصبًا، وقد ضاع المال، هل يضمن المضارب المال؟ إن ضاع قبل العمل فلا ضمان على المضارب؛ لأنه لم يقر بسبب الضمان، فإن سببه قرض أو غصب أو العمل في ماله، ولم يقر بواحد منها، ولم يقر بالعمل والقرض، فإنه ظاهر، ولم يقر بالغصب؛ لأن الغصب نقل وتحويل، ولم يقر المضارب بالنقل والتحويل، بل قال: حول ونقل إلي رب المال، أضاف الفعل، فقال: دفعته إلي، ولا يجعل كينونة المال في يده حكمًا على أنه هو الذي نقل وحوله، وإن كان كينونته في يده أثر النقل والتحويل؛ لأن كينونة المال في يده، كما يكون بتحويل المضارب يكون بتحويل رب المال، وليس على ذلك دليل،

---

(١) وفي الأصل: على مصادقا

فهذا لم يجعل كون المال في يده حكمًا على أن الفعل والتحويل وُجد من المضارب.

١٨٢٨٥ - وإن هلك المال بعد العمل فالمضارب ضامن؛ لأن العمل في مال الغير موجب للضمان، إلا أن يثبت الإذن من المالك، ولم يثبت الإذن هاهنا، ونظير هذا ما قال في كتاب الوديعة: إذا قال المودَع: دفعته إلي، وقال رب المال: لا، بل أخذته غصبًا، ثم هلك المال قبل أن يعمل فيه المودَع، لا ضمان عليه، وإن هلك المال بعد العمل ضمن؛ لأن العمل في مال الغير موجب للضمان إلا أن يثبت الإذن، ولم يثبت لما أنكر رب المال، فكان بمنزلة من قال: هدمت جدارك بإذنك، أو أكلتُ طعامك بإذنك، وأنكر صاحب المال.

وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعيا من ذلك، فالبينة بينة المضارب في الوجهين، سواء هلك المال بعد(١) العمل أو قبل أن يعمل فيه، ولا ضمان على المضارب في الحالين، فقد جعل البينة بينة المضارب في الوجهين جميعًا متى ادعى رب المال أنه أخذه منه غصبًا، والمضارب يقول: دفعته إليّ مضاربة بالنصف، أو أخذته مضاربة بالنصف.

١٨٢٨٦ - فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى رب المال القرض، والمضارب يقول: دفعته إليّ مضاربة بالنصف، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن البينة بينة رب المال في الوجهين جميعًا، هلك المال بعد العمل أو قبل العمل، ويكون المضارب ضامنًا في الحالين. فقد فرق بين دعوى القرض وبين دعوى الغصب من رب المال.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن بينة رب المال إنما كانت أولى في دعوى القرض؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض، فقدمنا المضاربة لتكون عملًا بالبينتين، وإذا قدمنا المضاربة صار كالثابت عيانًا، ثم علمنا أن المضاربة كانت أولى، والقرض أخرى، فكان المضارب ضامنًا هلك المال في يده قبل العمل أو بعده، فكذا هذا. أما في دعوى رب المال أنه أخذه منه غصبًا، والمضارب يقول: دفعته إليّ مضاربة بالنصف، العمل بالبينتين إنما يمكن بأن قدمنا الغصب على المضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فإنه يجوز ما أخذه منه غصبًا إذا قال له صاحب المال: اعمل به مضاربة، من حيث المضاربة إذا كان المال قائمًا، فأما لا يمكن العمل بالبينتين متى قدمنا المضاربة؛

(١) وفي م ب: «يعمل» مكان «بعد».

لأن المضارب لا يصير غاصباً مال المضاربة إلا بالخلاف، ولم يدّع رب المال غصباً على المضارب بالخلاف، وإنما ادعى الغصب من الابتداء، فقد دفعنا الغصب ههنا، وأخرجنا المضاربة ضرورة إمكان العمل بالبينتين، ولو عاينا أنه أخذه منه غصباً، ثم جعله مضاربة في ذلك بالعقد، إذ هلك المال في يده قبل العمل أو بعده، لم يكن عليه ضمان، فكذا هذا، فالمعنى الذي لأجله أوجبنا الضمان على المضارب في دعوى القرض في الحالين يوجب هنا أن لا يكون على المضارب ضمان في الحالين.

والثاني: أن بينة رب المال في دعوى القرض إنما كانت أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً من بينة المضارب على ما ذكرنا، وفي دعوى الغصب بينة المضارب أكثر إثباتاً؛ لأن بينة المضارب أثبتت عقداً وهو المضاربة، وقبضاً بإذن رب المال، وشركة في الربح، وبينة رب المال أثبتت قبضاً لا غير، ولم تثبت إذناً بالقبض، وأوجبت ضماناً على المضارب، ففي حق إثبات القبض استوت البينتان، بقي في بينة المضارب إثبات عقد وهو المضاربة، وإثبات إذن بالقبض، وهو إثبات إذن في العمل، وإثبات شركة في الربح، وفي بينة رب المال إثبات شيء واحد، وهو الضمان على المضارب، والضمان وإن كان آكد وألزم إلا أنه شيء واحد، وكان إثبات أربعة أشياء أكثر منه لا محالة، فصارت المضاربة أكثر إثباتاً في مسألة دعوى الغصب في الوجهين جميعاً، فصارت أولى بالقبول، وإليه أشار محمد في الكتاب، فقال: لأن المضارب يدعي الإذن، بخلاف ما لو قال المضارب: أخذته مضاربة، وقال رب المال: لا، بل أخذته غصباً، وهلك المال في يده قبل العمل أو بعده، فإنه يضمن في الحالين؛ لأنه أقر بالنقل والتحويل في مال الغير لما أقر بالأخذ، وإنه سبب ضمان، إلا أنه ادعى أنه كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن لما أنكر صاحب المال، فبقي[1] ضامناً، وكان بمنزلة ما لو قال في الوديعة إذا[2] قال المودَع: أخذته وديعة، وقال صاحب المال: لا، بل أخذته غصباً، كان المودَع ضامناً، فكذا هذا.

١٨٢٨٧ - وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله: إذا قال العامل: أخذته منك غصباً، فالربح لي بالضمان، وقال رب المال: إنما أمرتك لتعمل به، فالقول لرب المال،

---

(١) وفي الأصل: "فكان".

(٢) هكذا في ف، وكان في غيرها: "إلا إذا قال المودع ... إلخ".

والبينة بينته أيضاً.

١٨٢٨٨ - ولو أقام رب المال بينة على إقرار العامل أنه أخذه مضاعفة، وأقام العامل بينة على إقرار رب المال أنه أخذه غصباً، فالبينة بينة المال، علل، فقال: لأن الغصب يكون مضاعفة بعد أن كان غصباً، وهذا إذا لم يعلم أي الإقرارين أول، فإن علم فالبينة بينة صاحب الإقرار الثاني.

ولو قال المضارب: أخذته منك مضاربة، فضاع قبل أن أعمل فيه، وقال رب المال أقرضتك، فلا ضمان على المضارب؛ لأنهما تصادقا أن القبض كان بإذن رب المال مضاربة كان قرضاً، والأخذ متى كان بإذن المالك لا يوجب ضماناً على القابض إلا في القرض، والقرض لم يثبت لما أنكر المضارب، وإن هلك المال بعد ما عمل بالمال ضمن؛ لأن العمل حصل بغير إذن رب المال من الوجه الذي ذكرنا، وإنه سبب ضمان إلا أن يكون بإذن رب المال، ولم يثبت الإذن؛ لما أنكر رب المال الإذن.

النوع الرابع في اختلافهما في وصول المال إلى رب المال قبل اقتسامهما الربح:

١٨٢٨٩ - قال محمد رحمه الله: ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح فيها ألفاً، فقال لرب المال: قد دفعت إليك رأس المال ألف درهم، وبقيت هذه الألف درهم ربحاً، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئاً، فالقول قول رب المال مع يمينه؛ لأن المضارب يدعي لنفسه الشركة في الألف القائمة في يده، فإنه يقول: الألف الباقية ربح، وإنه بينا على الشركة، ورب المال أنكر ذلك، فيكون القول قول رب المال مع يمينه، فيحلف بالله ما قبضت رأس المال من المضارب، فإذا حلف، أخذ الألف الباقية، ولا ينتظر إلى استحلاف المضارب؛ لأنه لا يخلو إما أن يحلف المضارب، أو ينكل، فإذا حلف، وانتفى عن الضمان ضمان رأس المال، كان لرب المال أن يأخذ الألف الباقية برأس المال؛ لأنه لم يظهر للمضاربة مال آخر سوى الألف الباقية، ولم يثبت قبض رأس المال لما حلف هو، فيأخذ الألف الباقية برأس ماله، وإن نكل عن اليمين، ظهر ألف أخرى للمضاربة، وقد ضمنها المضارب بالجحود، فظهر أن مال

المضاربة ألفا درهم، ألف عين وألف دين على المضارب. ويكون لرب المال أن يأخذ الألف العين برأس ماله، ويكون الألف الدين على المضارب ربحاً، فيرجع بنصفه بخمسمائة، فإذا أراد رب المال أن يأخذ الألف الباقية من يد المضارب حلف المضارب، أو نكل، لا معنى لذلك. لأنه إلى أن يحلف المضارب، فيهلك. فإن رب المال حين حلف، يأخذ الألف الباقية برأس ماله، ثم يستحلف المضارب؛ لأن رب المال يدعي عليه ضماناً برأس المال، فإنه يقول: أهلكت المال عند المضارب، وقد صدقه لما قال: ليس عندي، والمضارب ينكر ذلك، فيكون القول قوله مع يمينه يستحلف بالله ما استهلكت ولا ضيعت، فإن حلف، برئ من الضمان، ولم يثبت حق رب المال برأس ماله. فإذا نكل فلم يبق من مال المضاربة إلا الألف العينة في يد المضارب، فيأخذ رب المال برأس ماله. وإن نكل لم يبرأ من اليمين، لأنه أقر أن رأس المال كان عنده، ولما جحده لما قال: ليس عندي، وكان عنده، فصار ضامناً رأس المال، فتبين أن مال المضاربة ألف دين وألف عين، فيأخذ رب المال الألف العين برأس ماله، ويكون الألف الدين على المضارب ربحاً، فيرجع رب المال على المضارب بخمسمائة، وهي حصته من الربح.

١٨٢٩٠ - ولو أن المضارب حين أراد رب المال أخذه منه بالألف، قال: دفعتها إلى رب المال، وقال: لم أدفعها إليك، ولكنها ضاعت مني، وحلف على ذلك، فإن رب المال يأخذ الألف التي في يد المضارب برأس ماله، ثم يرجع بخمسمائة درهم بنصف الألف التي ذكر أنه دفعها إلى رب المال؛ وذلك لأن هذا مبين تناقض في كلامه، حيث ادعى أولاً أنه دفع إلى رب المال، فكذبه، ثم عاد الضياع عنده بكذبه في دعواه الدفع، فقد ناقض في كلامه، والمناقض لا قول له، فلم يثبت الضياع ولا الدفع، ولو لم يثبت واحد منهما فيبقى الألف عنده، وهو متعد من رب المال المال، فيصير ضامناً لذلك المال، وإذا صار كذلك ظهر أن مال المضاربة ألفا درهم، دين وألف عين، فيأخذ رب المال الألف العين برأس ماله، ويكون الألف الدين ربحاً بينهما، فيرجع عليه بخمسمائة حصته من الربح. وكان الجواب فيه كالجواب في المودع إذا قال: دفعت الوديعة إلى صاحب المال، ثم قال: لم أدفع ولكنها ضاعت عندي، فإنه يصير ضامناً للوديعة، فكذا هذا.

١٨٢٩١ - مضاربة لم يكن لهما ربح، وإن اقتسما خمسمائة على ما يجب من

ذلك ، فالبينة بينة المضارب ؛ لأنها أكثر إثباتًا ، وإن أقام كل واحد منهما بينة على إقرار صاحبه بما ادعى عليه ، أقام المضارب البينة أن رب المال أقر أنه قبض رأس ماله ألف درهم ، وأقام رب المال البينة أن المضارب أقر أن رب المال لم يقبض منه رأس المال ، فإن علم أول الإقرارين وآخرهما بأن أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق ، فالبينة بينة الذي يدعي الإقرار الآخر ، سواء كان إقرار المضارب أو إقرار رب المال ، علل في الكتاب ، فقال : لأن الآخر ينقض الأول ، فيكون العبرة للآخر ، وإنما قلنا : بأن الآخر ينقض الأول ، أما إذا كان إقرار المضارب أولا أن رب المال لم يقبض من رأس ماله ، فرب المال لما أقر أنه قبضه منه ، فقد زعم أنه ليس له عنده أمانة ، فصار مكذبًا للمضارب في إقراره ، وتكذيب المقر له ناقض للإقرار ، فكان كرجل يقر ، فيقول : لفلان عندي ألف درهم أمانة ، والمقر له يقول : ليس لي عندك أمانة ، وهناك يبطل إقرار المقر ، فكذلك هنا ، وإن كان إقرار رب المال أولا أنه قبض منه رأس المال ، فلأن رب المال أقر أنه ليس له عند المضارب رأس المال ، فلما أقر المضارب بعد ذلك أنه لم يقبض منه رأس المال ، فقد أقر أن له عنده رأس المال أمانة عنده ، ومن أقر أنه لا أمانة له عند فلان ، ثم أقر فلان بعد ذلك بأمانة له عنده ، وصدقه المقر له في إقراره ، فإنه يصح ، وتكون العبرة للإقرار الآخر لا للأول ، فهذا معنى قول محمد رحمه الله : إن الآخر منهما ينقض الأول ، فتكون العبرة للآخر ، فيقضى به .

هذا إذا علم أول الإقرارين من الآخر ، فأما إذا لم يعلم بأن لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما على السواء ، فالبينة بينة المضارب لوجهين : أحدهما : أن بينة المضارب أكثر إثباتًا ؛ لأنها قامت على الإثبات صورة ومعنى ، وبينة رب المال قامت على النفي صورة إن قامت على الإثبات معنى .

والثاني : أن فيه العمل بالبينتين بتقديم بينة رب المال ، بيانه أنا متى قدمنا بينة رب المال على إقرار المضارب أنه لم يأخذ منه رأس المال ، أمكن العمل بعد ذلك ببينة المضارب ؛ لأن رب المال متى لم يقبض رأس المال أمكنه القبض بعد ذلك ، فيحصل العمل بالبينتين متى قدمنا بينة المضارب أنه قبض منه رأس المال ، لا يمكن العمل ببينة رب المال متى قدمنا بينة المضارب ؛ لأن رأس المال متى كان مقبوضًا لا يتصور أن يكون غير مقبوض بعد ذلك ، فصح أن في تقديم بينة رب المال عملا بالبينتين ، فتقدم بينته ،

ويجعل كأن المضارب أقر أنه لم يقبض منه رب المال رأس ماله، ثم أقر أنه قبضه منه.

النوع الخامس في اختلافهما في وصول رأس المال

بعد اقتسامهما الربح:

١٨٢٩٢- وإذا اقتسم المضارب ورب المال، وأقرا بها، وأخذ كل واحد منهما حصته، ثم اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت رأس المال إلى رب المال وهو ينكره، فالقول قول رب المال، ولا يكون إقراره بقسمة الربح إقرار بقبض رأس المال، وقوله في الكتاب: القول قول رب المال: يعني فيما يدعي المضارب على رب المال من خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي خلوص ملك الخمسمائة له، وانقطاع شركة رب المال عنها، ورب المال ينكره، فأما في حق براءة المضارب من ضمان رأس المال فالقول قول المضارب، لأن رب المال يقول: رأس المال في يد المضارب، وقد جحده، فصار ضامناً له، والمضارب ينكر، ولهذا قالوا: يحلف كل واحد منهما المضارب ورب المال؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعياً ومدعى عليه، رب المال يدعي ضمان رأس المال، والمضارب يدعي خلوص الخمسمائة التي قبضها لنفسه، ثم إذا حلفا انتفى الضمان من المضارب بحلفه؛ وادعى قبض رب المال رأس المال بحلفه أيضاً، فكان ألف من مال المضاربة قد هلكت، فيصرف الهلاك إلى الربح، فكان ما قبضه رب المال من الخمسمائة من رأس المال، والخمسمائة التي قبضها المضارب من رأس المال أيضاً، فيرد على رب المال إن كانت قائمة؛ وإن كانت هالكة غرمها لرب المال، حتى يتم به رأس المال.

وقوله في الكتاب: ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقراراً منه بقبض رأس المال قياس، وفي الاستحسان: يكون إقراراً، وجه القياس: أن رب المال أقر بقسمة الربح مطلقاً، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل؛ والكامل من قسمة الربح هي القسمة بعد قبض رأس المال، فأما قسمة الربح قبل قبض رأس المال ناقصة لكونها موقوفة.

وجه الاستحسان: أن العرف الظاهر فيما بين التجار أنهم يحسبون المال مع المضاربين، ويدعون رأس المال في أيديهم، ويقتسمون الربح، فصرفنا مطلق اسم

القسمة إلى قسمة ناقصة بحكم العرف، وصرف مطلق الاسم إلى الناقص بحكم العرف جائز.

وأما إذا اختلفا في قسمة الربح، فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال، وهذه الألف[1] التي في يدي ربح، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئاً، فإنه يحلف رب المال؛ لأن المضارب يدعي لنفسه شركة في الألف القائمة لما ادعى أنها ربح، ورب المال ينكر، فيكون القول فيه قول رب المال مع يمينه، فإن حلف رب المال بالله ما قبضت رأس المال من المضارب، أخذ الألف القائمة برأس المال، ثم يستحلف المضارب على دعوى رب المال؛ لأنه يدعي عليه ضمان رأس المال، فإن حلف، برئ عن الضمان، ولكن لم يثبت قبض رب المال رأس المال، فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، وإن نكل المضارب عن اليمين، فقد أقر بضمان رأس المال، فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، والألف التي على المضارب تكون ربحاً، فيرجع رب المال على المضارب بخمسمائة حصته من الربح، وإن أقاما البينة على ما ادعيا، قضي ببينة رب المال، وإن أقام كل واحد منهما على إقرار صاحبه بما ادعاه، فإن علم أول الإقرارين وآخرهما، بأن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فالبينة بينة الذي يدعي الإقرار الآخر، وأما إذا لم يعلم بأن لم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء، فالبينة بينة المضارب.

النوع السادس

في اختلافهما في مقدار رأس المال والربح:

١٨٢٩٣ - في القدوري: إذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال وفي الربح، فقال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، فالقول قول المضارب في قدر رأس المال، والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأنهما اتفقا على أن جميع المال مضاربة، فالمضارب يدعي استحقاقاً ورب المال ينكر، فكان القول قوله.

---

(١) وفي ط: للألف

وجه قوله الآخر وهو قولهما: إن الاختلاف وقع في قدر الربح، وهو أولاً، والمضارب ينكر زيادة القبض، فيكون القول قوله، ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً كان القول قوله، فأما في مقدار ما شرط له من الربح فالقول قول رب المال؛ لأن الربح يستفاد بشرطه، وهو منكر للشرط في الزيادة. ولو كان في يد المضارب قدر ما ذكرنا أنه قبض من رأس المال أو أكثر، فالقول قول المضارب عندهم جميعاً.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف، فقال: ألف رأس المال، والألف ربح، وألف وديعة أو بضاعة أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن كل من كان في يده شيء، فالقول فيه قوله: إذا أقرّ به لغيره[١]، وعليه اليمين. ومن أقام منهما بينة على ما ادعاه من فضل، قبلت بينته؛ لأن رب المال يدعي فضلاً في رأس ماله، والمضارب يدعي فضلاً في الربح، والبينات شرعت للإثبات. والله أعلم.

النوع السابع

في المتفرقات من هذا الفصل:

١٨٢٩٤ - في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال المضارب: أعطيتني ألف درهم زيوف أو نبهرجة مضاربة صحيحة، وقال رب المال: أعطيتك جياداً، فإن كان المضارب لم يعمل بها، فهي كالوديعة، فيصدق المضارب على الزيوف وصل أو فصل، وفي الستوقة لا يصدق إلا إذا وصل، وإن كان عمل بها لم يصدق على الزيوف والنبهرجة، وهو على الجياد.

١٨٢٩٥ - وفيه أيضاً عن محمد رحمه الله: في مضارب في يديه مال لرجل يعمل به في المضاربة، فأقر المضارب أن الألف التي على فلان بضاعة من فلان، يعني هي لرب المال، وكانت المضاربة بألف درهم، فقال المضارب بعد ذلك لرب المال: إن في يدي خمسمائة من المضاربة، والألف التي أقررت من المضاربة، وقال رب المال: الألف لي خاصة ليست من المضاربة، فالقول لرب المال، وإن كان المضارب وصل إقراره

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: إذا أقر به لغيره

بذلك، صُدِّق.

وكذلك رجل غصب ثوب رجل، فأمره صاحب الثوب ببيعه، ثم أقر الغاصب أن الألف التي باسمه على فلان هي للمغصوب منه، ثم قال: هي ثمن الثوب.

١٨٢٩٦ - ومن كان في يديه ألف درهم يتجر بها، فربح خمسمائة، فقال لآخر: هذه الألف ألفك أقرضتنيها، وربحت أنا فيها خمسمائة، وقال رب المال: دفعت إليك الألف مضاربة، وهذه ربحها، فاختصما في ذلك، وقد ضاعت الألف، ضمن الذي كان المال في يديه ألف درهم، وحصة رب المال كان من ربح الألف؛ لأنه لما جحده أن يكون مضاربة بمنزلة الغاصب.

١٨٢٩٧ - ومن دفع إلى غيره ألف درهم مضاربة بالنصف، وأشهد عليه في العلانية أنها قرض يتوثق بذلك حتى لا يذهب المضارب بماله، فيقول: إنها هلكت عندي كاذبًا، ويذهب بماله، ويجتهد بالحفظ مخافة أن يأخذ رب المال بالقرض، فتوثق رب المال بالقرض من هذا الوجه، فعمل المضارب بالمال، فربح أو وضع، فإن تصادقا جميعًا أن القرض كان تلجئة في الظاهر، وأن الثابت في الحق من المضاربة كان كما تصادقا؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، فإذا تصادقا على أن القرض في العلانية كان تلجئة، والثابت في الباطن كان هو المضاربة كان كما تصادقا عليه، كما قلنا في المتبايعين إذا تصادقا أن ما أظهرا من البيع في العلانية كان تلجئة، وأنه لا بيع بينهما في الحقيقة، كان كما تصادقا عليه، كذا هنا، وإن تكاذبا في ذلك، فقال رب المال: كان قرضًا حقيقة ولم يكن تلجئة، وقال المضارب: لا، بل كان القرض تلجئة، والثابت حقيقة هو المضاربة، وأقام المضارب البينة على ما قاله، فالجواب فيه كالجواب فيما لو تصادقا أن القرض كان تلجئة، وأن الثابت حقيقة هو المضاربة كانت مضاربة لا قرضًا؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بتصادقهما.

وإن شهد شاهدان بالقرض، وآخران بالمضاربة، ولم يزيدا على ذلك، فإنه يقضى بالقرض، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين، والعمل بالبينتين واجب ما أمكن، وقد أمكن العمل هنا بالبينتين؛ لأن القرض يرد على المضاربة، ولا ترد المضاربة على القرض، وإن اشتغلنا بالترجيح فله وجه؛ لأن بينة من يثبت القرض أكثر إثباتًا؛

لأنه يوجب الضمان ، وبينة الآخر تنفي .

هذا إذا اقتصر الشاهدان على المضاربة والقرض ، فأما إذا شهد شهود المضارب أن القرض كان تلجئة ، وكان الثابت حقيقة هي المضاربة كان بينة من يثبت الأمرين أولى ؛ لأنه عرف ما عرفه الفريق الآخر ، فكانت هذه البينة أولى بالقبول .

١٨٢٩٨ – ومن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة ، فعمل المضارب وربح ، فاختلفا ، فقال رب المال : شرطت لك سدس الربح ، وقال المضارب : شرطت لي نصف الربح ، كان القول قول رب المال مع يمينه على ما مر من قبل ، وإن جاء المضارب بشاهدين فشهد أحدهما أنه شرط ثلث الربح ، والآخر أنه شرط له نصف الربح ، إن كان المضارب يدعي الثلث فإنه لا يقضي بهذه الشهادة عندهم جميعاً ؛ لأن المضارب أكذب أحد الشاهدين ، وهو الذي شهد له بالنصف ، فلم يبق إلا شاهد واحد على الثلث ، وبالشاهد الواحد لا يثبت الحكم ، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألفين ، والمدعي يدعي الألف ، وإن كان المضارب يدعي النصف ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل هذه الشهادة ، ويكون للمضارب ما أقر له رب المال من سدس الربح ، وعلى قولهما تقبل الشهادة على الثلث ، والجواب فيه كالجواب فيما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين ، والمدعي يدعي الألفين ، كانت المسألة على الاختلاف ، فكذا هذا .

ولو قال رب المال : إنما دفعت إليك المال بضاعة ، حتى كان القول قوله على ما مر ، أقام المضارب شاهدين شهد أحدهما أنه شرط للمضارب مائتي درهم من الربح ، وشهد الآخر أنه شرط له مائة ، إن كان المضارب يدعي المائة لا تقبل هذه الشهادة ، ولا يكون له ربح ، ولا أجر المثل ؛ لأنه أكذب شاهده الذي شهد له بالمائتين ، فلم يبق له إلا شاهد واحد ، وإن ادعى المائتين ، فالمسألة على الاختلاف لا تقبل عنده ، وعندهما تقبل على المائة ، ويقضي له بأجر المثل .

١٨٢٩٩ – ومن دفع إلى رجلين ألف درهم مضاربة ، فعملا بها ، وربحا ربحاً ، فادعى أحدهما أن رب المال شرط لهما نصف الربح ، وادعى المضارب الآخر أنه شرط لهما ثلث الربح ، وادعى رب المال أنه شرط لهما مائة من الربح حتى كان القول قول رب

المال؛ لأنه ينكر الشركة في الربح . فإن أقاما شاهدين شهد أحدهما بنصف الربح ، والآخر بثلث الربح ، فإن قياس قول أبي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة ، ويكون لهما أجر مثل عملهما بإقرار رب المال كما لو لم يقيما البينة أصلاً . وأما في قولهما فالذي ادعى النصف يكون له سدس الربح ، وليس له أجر مثل عمله ، والذي يدعي الثلث له أجر مثل عمله بإقرار رب المال؛ لأن الذي ادعى نصف الربح ادعى لنفسه ربع الربح ، ولصاحبه ربعه ، وقد شهد له شاهد النصف بربع الربح ، وشاهد الثلث بسدس الربح ، فيقضى له بالسدس عندهما لاتفاقهما على ذلك ، والذي ادعى الثلث ادعى لنفسه سدس الربح ، فصار مكذبًا شاهده الذي شهد له بالربع ، ولم يبقَ على السدس إلا شاهد واحد ، والشاهد الواحد لا يقطع الحكم ، فيكون له أجر مثل عمله بإقرار رب المال ، كما لو لم يقم البينة أصلاً - والله أعلم - .

الفصل الثامن والعشرون

في تعيين النقد في المضاربة وشراء المضارب بنقد آخر ينوي عن المضاربة

١٨٣٠٠ - قال محمد في الجامع: رجل دفع مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم، وقال له: اعمل بها، وبألف من مالك على أن الربح بيننا نصفان، فهذا جائز، ولولا هذا الشرط لكان الربح بينهما أخماساً على قدر المالين، فإذا شرطا المناصفة، صار كأن صاحب الدنانير شرط له سدس ربحه، فيكون ذلك مضاربة بسدس الربح، وهذا لأن هذا وإن خرج مخرج الشركة يكون المال مشروطاً من الجانبين، إلا أنه لا يمكن تصحيحها شركة لاشتراطهما العمل على المدفوع إليه المال لا غير، وفي الشركة يكون مشروطاً عليهما، فكان هذا شركة صورة مضاربة معنى، وفائدة قول صاحب الدنانير: وبألف من مالك انتفاء الضمان عن المضارب إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه.

وعن زفر رحمه الله: أنه قال: هذه المضاربة فاسدة؛ لأن المضارب يستحق ما يستحق بطريق الأجرة، ولهذا كان له أجر المثل عند فساد المضاربة، ولا يمكن القول باستحقاق الأجرة هنا عند خلط المال؛ لأنه عامل فيما شريك فيه.

وعلماؤنا الثلاثة قالوا: المضاربة في حكم الشركة، فيكون من أحد الجانبين المال، ومن الجانب الآخر العمل عن بصارة وهداية في التصرفات، وحذاقة في وجوه التجارات، ولما كان هكذا، فكون المضارب شريكاً فيما عمل لا يمنع استحقاق الربح، ولما صار هذا مضاربة في حق الدنانير شرط تعيينها وإحضارها؛ لأن شرط صحة المضاربة إحضار رأس المال وتسليمه إلى المضارب بالتخلية بينه وبينه، ولا يشترط إحضار الدراهم، فإن هلك أحد المالين قبل الشراء، هلك من مال صاحبه غير أنه إن هلكت الدنانير بطلت المضاربة، وإن هلكت الدراهم فالمضاربة على حالها، فإن انتقصت قيمة الدنانير، فصارت ألف درهم، ثم اشترى المضارب بها وبألف من ماله جارية، ثم باعها بربح ألف، كان ربح كل واحد منهما خمسمائة؛ لأن الربح إنما يكون مقسوماً على الثمن الأول، وذلك كان بينهما نصفين، بمقابلة الملك في المشتري

والثلث في المشتري أيضاً سواء على قيمة رأس المال يوم الشراء، غير أن الخمسمائة التي هي ربح الدنانير حصة المضارب منها لصاحب الدنانير، ونصفها للمضارب على ما شرطا، والخمسمائة التي هي ربح الدراهم لصاحب الدراهم خاصة؛ لأنه لم يشترط ربح ماله لغيره.

٨٣٠١ - ولو اشترى المضارب بكل مال سلعة على حدة، ثم باع ما اشترى بالدراهم فلم يربح فيه، وباع ما اشترى بالدنانير فربح فيه خمسمائة، فهو بينهما نصفان بحكم الشرط. ولو كان ربح فيما اشترى بالدراهم خمسمائة، ولم يربح فيما اشترى بالدنانير شيئاً، فالربح كله لصاحب الدراهم؛ لأنه لا شركة في الدراهم أصلاً. وكذلك لو كان المضارب اشترى بالمالين عبداً، وقيمة الدنانير يوم الشراء ألف درهم، ثم باعه فربح فيه، كان الجواب ما قلنا: إن المضارب يستحق نصف الربح، والنصف الآخر يقسم بينهما نصفان.

ولو كانت الدنانير نقصت قيمتها قبل شراء العبد، فصارت تساوي ثمانمائة، فاشترى المضارب بهما عبداً، فخمسة أتساع العبد للمضاربة، وأربعة أتساعه على المضاربة؛ لأن قيمة الدنانير لوقوع الملك في المشتري تعتبر يوم الشراء، والقيمة يوم الشراء ثمانمائة درهم، ورأس المضاربة ألف درهم، فتفاوت ما بينهما مائتان، فيجعل كل مائتين سهماً، فيصير الألف خمسة أسهم، والثمانمائة أربعة أسهم، فلهذا كان العبد بينهما أتساعاً.

وإن باع المضارب العبد، وربح فيه، أخذ كل واحد منهما رأس ماله، وأخذ رب الدراهم خمسة أتساع الربح حصة رأس ماله، فيكون له خاصة، وأربعة أتساع الربح حصة المشتري بالدنانير، فيكون مقسوماً بينهما نصفين بالشرط الذي شرطاه في العقد.

ولو أن العبد لم يبعه المضارب حتى صارت قيمته ألفين، ثم باعه بثلاثة آلاف درهم، قسم الثمن على تسعة أسهم؛ لأن المشتري بينهما على تسعة أسهم، فالثمن بدله يكون كذلك، خمسة أتساعه، وهي ألف وستمائة وستون وثلثان حصة الدراهم، فيكون له ألف من ذلك رأس ماله، والباقي ربح، فيكون له خاصة، وأربعة أتساع الثمن، وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث حصة المضاربة ألف درهم من ذلك

يؤخذ دراهم المال لتحصيل رأس المال بعتبر قيمة الدنانير يوم القسمة، والباقي ربح، يقسم بينهما أنصافاً.

١٨٣٤٢ - وفي التتمة: وإذا كانت المضاربة دراهم بيضاً، فاشترى بدراهم سود بعينها من المضاربة فهو من المضاربة، وكذلك إذا اشترى بدنانير بعينها من المضاربة، كان المشتري يكون للمضاربة استحساناً، ولو اشترى بتبر ذهب أو فضة موصوف حتى يجوز أن يكون ثمناً، أو اشترى بفلوس نافقة كان مشترياً لنفسه.

وإن كانت المضاربة ألف درهم، فاشترى شيئاً بمائة دينار، وقيمة الدنانير أكثر من الألف، جاز على المضاربة حصة الألف، ولزم الفضل للمشتري، وكان شريكاً في المضاربة. ولو كانت قيمة الدنانير ألفاً، فاشترى بالدنانير يجوز عن المضاربة، ثم غلت الدنانير قبل أن ينقد، فصارت قيمتها ألفاً وخمسمائة، فهو جائز ونقصه دخلت على المال، فيشتري بالألف ذهباً وينقده ثم يبيع التاجر فينقد بقية الذهب. ولو كانت المضاربة ألف درهم سود، فاشترى بألف درهم بيض مما يجري في المضاربة، جاز استحساناً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا كان رأس المال دراهم، فاشترى بدنانير، ونوى أن تصرف الدراهم دنانير فينقده، لم يكن ذلك الشراء على المضاربة. وكذلك كل شيء اشترى على المضاربة. وكذلك كل شيء اشترى بثمن غير الدراهم - والله أعلم -

الفصل التاسع والعشرون
في جناية عبد المضاربة

١٨٣٠٣ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في المضارب يشتري بألف المضاربة عبداً يساوي ألفين، فقتل العبدُ رجلاً خطأً، فالدية عليهما أرباعاً، يعني إذا اختاروا الفداء، هكذا ذكر في الكتاب، واعلم أنه ليس لواحد منهما يعني رب المال والمضارب أن يدفع بدون حضرة صاحبه إذا كان في رأس المال فضل؛ لأن العبد مشترك بينهما، والعبد المشترك إذا جنى جناية؛ فليس لأحد الشريكين أن يتفرد بالدفع، بخلاف ما لو كانت قيمته مثل رأس المال، واختار رب المال الدفع، وأبى المضارب حيث له الدفع؛ لأنه لا شركة للمضارب في العبد، بل العبد كله لرب المال، وكان له الدفع، فإن كان أحدهما غائباً، ففداه الحاضر، فهو متطوع في الفداء؛ لأنه في حصة الغائب قضى حقاً وجب عليه هو غير مجبر عليه، حتى يكون مضطراً، فإنه لو أقام البينة على الشركة، لا يطالب بحصة صاحبه، لا بالدفع ولا بالفداء، ولا يحيي ملكه بوجه ما، فكان متبرعاً كالأجنبي، وإن حضرا جميعاً قيل لهما: ادفعا أو افديا؛ لأن العبد مشترك بينهما، فإن اختارا الفداء كان ذلك عليهما على قدر ملكيهما؛ لأن الفداء وجب عليهما بسبب الملك، فيجب عليهما بقدره، وملك رب المال في ثلاثة أرباعه، وملك المضارب في الربع، فيكون الفداء عليهما أرباعاً، ثلاثة أرباعه على رب المال، وربعه على المضارب، وإن شاءا دفعا، وأيهما اختار بطلت المضاربة، فإنه اختار الفداء، حصل عن ملك الدفع، فيجعل كأنه دفعه، ثم اشتراه من المجني عليه، ولو دفعاه إلى المجني عليه، ثم اشترياه، بطلت المضاربة، فكذلك هذا، وإن اختارا الدفع، فكذلك؛ لأن بالدفع مات العبد، ولم يخلف بدلاً، فكان بمنزلة ما لو هلك العبد، وإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، كان لهما ذلك؛ لأن كل واحد منهما مالك بعضه، فصار كالعبد المشترك، إلا أن في العبد المشترك إذا حضر أحد المولَيين خوطب الحاضر بدفع نصيبه أو الفداء، وهناك لا يخاطب واحد منهما حتى يحضرا من قبل أن يتصرف أحدهما بتصمن

قسمة تحتمله، فإن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء، والمقاسمة لا تصح إلا بمحضر منهما، ومن أحد الشريكين دفع أحدهما، فإنه لا يوجب حكمًا في حق الآخر، فلا يتوقف على حضرته.

فرق بين هذا وبين العبد المرهون بألف إذا جنى جناية وقيمته ألفا درهم، فاختار أحدهما الدفع، والآخر الفداء، لا يكون لهما ذلك، ويقال لهما: إما أن تدفعا أو تفديا؛ لأن الملك في العبد لواحد، والحق لواحد، فليس لهما أن يفرقا الحق على المجني عليه، وهنا للمضارب فيه ملك كما أن لرب المال فيه ملكًا، فإذا اختلف اختيارهما لا يتفرق الحق، كما في العبد المشترك.

وإذا كان لأحدهما أن يدفع، وللآخر أن يفدي، فإن اختار رب المال الفداء والمضارب الدفع، فدى رب المال ثلاثة أرباع العبد بثلاثة أرباع الفداء؛ لأن له ثلاثة أرباع العبد، فكان عليه ثلاثة أرباع الفداء، ودفع المضارب ربع العبد إلى ولي الجناية، وقد خرج نصيب رب المال من المضاربة، حتى لو تصرف فيه المضارب لا يصح تصرفه؛ لأنه تحقق ملك المضارب في الربع؛ لأن له دفع حصته، وإنما يكون له دفع حصته من الربح إذا تحقق ملك حصته من الربح، وإنما يتحقق ملكه في حصته من الربح إذا قبض رب المال رأس ماله وحصته من الربح، فصار رب المال قابضًا رأس ماله وحصته من الربح، وصار المضارب قابضًا حصته من الربح، فوقعت القسمة من حيث الحكم، وإذا وقعت القسمة من حيث الحكم انتقضت المضاربة كما لو وقعت القسمة من حيث الحقيقة.

وكذلك الجواب إذا اختار رب المال الدفع، والمضارب الفداء، دفع رب المال ثلاثة أرباع العبد، وفدى المضارب ربع العبد، وانتقضت المضاربة؛ لأن الفداء من المضارب بمنزلة الدفع، ثم الشراء من المجني عليه فكأنهما دفعا، ولو دفعا انتقضت المضاربة، فكذا هذا.

١٨٣٠٤ - قال محمد رحمه الله في الأصل: ومن دفع ألفًا مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفًا أو أقل من ذلك أو أكثر، فادعى أولياء قتيل على العبد أنه قتل أباهم عمدًا، وجحد العبد ذلك، فأقام أولياء القتيل عليه بينة بذلك، فإن كان رب المال والمضارب حاضرين، فإن البينة على العبد مسموعة؛ لأن الملك فيه لرب المال.

والعبد للمضاربة، وهما حاضران، فأما إذا كانا غائبين أو أحدهما، إما المضارب ورب المال، قال في رواية أبي حفص رحمه الله: لا تسمع البينة على العبد، ولم يحك فيه خلافًا. وقال في رواية أبي سليمان رحمه الله: عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل البينة على العبد متى كانا غائبين أو أحدهما.

وعند أبي يوسف رحمه الله: تقبل، وعلى قياس ما ذكر في جعل الآبق إذا أبق العبد، فأقيم البينة عليه بالسرقة، أو بحد الخمر من الحدود، أو بالقصاص، فإن على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا تسمع البينة على العبد؛ لأن المولى غائب، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: تقبل، وأجمعوا على أنه إذا أقر بقتل عند القاضي أو بحد أنه يقضى عليه بذلك، سواء كان رب المال حاضرًا أو غائبًا؛ لأن العبد في حق القصاص والحدود بمنزلة الحر، فإنه يجوز إقراره على نفسه بذلك كالحر، ولا يجوز إقرار المولى عليه، وقد عرف هذه المسألة في جعل الآبق.

فإن حضر رب المال والمضارب غائب، فإنه لا يقضى عليه بالقصاص ببينة أولياء القتيل، سواء كان فيه فضل على رأس المال أو لم يكن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. إن كان فيه فضل فلأن المضارب شريك في العبد، فلابد من حضرته كما لابد من حضرة رب المال، وإن لم يكن في العبد شركة، فالعبد في يده، فلابد من حضرته على قولهما.

هذا كما قالوا في الشفيع إذا أقام البينة على شفعته بحضرة المشتري وغيبة البائع، والدار في يد البائع، فإنه لا تسمع بينة المشتري حال غيبة البائع، وإن لم يكن للبائع فيه ملك؛ لأنه إن لم يكن له فيه ملك فله فيه يد، فكذا هذا.

١٨٣٠٥ - وإن أقر العبد بالقصاص قضي عليه به، وإن كان رب المال والمضارب غائبين بخلاف ما لو أقيمت عليه البينة؛ لأن البينة ترد بعلل ومطاعن، وربما لا يهتدي العبد إليه لجهله بالأحكام في الغالب، ورب المال والمضارب يعرفان ذلك، فشرط حضرتهما؛ لأن لهما حقًا في العبد، فشرط حضرتهما حتى إن كان لهما طعن أو دفع أحضرا ذلك، فأما الإقرار مما لا يرد بالطعن، ألا ترى أنه لو طعن فيه رب المال، فإنه لا يسمع طعن رب المال في الإقرار، فلا معنى لاشتراط حضرته، وإذا صح إقراره وقضي

بنصف القيمة؛ لأنه لا شركة للمضارب في العبد، فيكون كله ملكًا لرب المال، ألا ترى أنه لو أعتقه نفذ عتقه، فإن اختار الدفع بطلت المضاربة في النصف، وبقي في النصف؛ لأنه لو دفع الكل بطل في الكل؛ لأنه استهلك جميع العبد بالدفع، فصار قابضًا لرأس المال، فتبطل المضاربة، ولو لم يدفع شيئًا بقي المضاربة على حالها، فإذا دفع النصف، ولم يدفع النصف، كان لكل نصف حكم نفسه، فبطلت في النصف، وبقيت في المفدى.

١٨٣٠٦ - وهذا بخلاف ما لو اختار المضارب دفع نصف حصته فإن المضاربة تبطل في الكل؛ لأنا احتجنا إلى تمييز حصة المضارب من حصة رب المال، وتحقيق ملكه في حصته حتى يجوز المدفوع بخلاف حصته لا حصة رب المال، ولا يتحقق ملك المضارب في حصته من الربح إلا بعد أن يصير رب المال قابضًا لرأس المال، وإذا صار رب المال قابضًا لرأس المال وحصته من الربح، والمضارب قبض حصته من الربح، تحققت القسمة، فأوجبت انتقاض المضاربة.

فأما إذا كانت قيمة العبد مثل رأس المال، فجميع العبد لرب المال، لا شركة للمضارب فيه، وإذا لم يكن للمضارب فيه شركة لم يحتج إلى القسمة، فلم تبطل المضاربة في النصف الثاني.

وكذلك إذا اختار رب المال الفداء، وفدى نصف العبد بنصف الدية كان الجواب كذلك؛ لأن النصف صار له من جهة المجني عليه بالفداء، فيجعل كأنه دفعه إليه، ثم اشتراه منه، وهناك تبطل المضاربة في النصف، وتبقى في النصف، ألا ترى أنه في حق المضارب سوّى بين الدفع والفداء، فكذا في حق رب المال. وإذا بقي النصف الباقي على المضاربة، إذا تصرف المضارب فيه، وربح، وأراد أن يقسمه، كم يأخذ رب المال رأس ماله من الباقي، إن كانت قيمة العبد ألف درهم، يأخذ رب المال نصف رأس المال من الباقي؛ لأنه استهلك من مال المضاربة قدر خمسمائة، فصار مستوفيًا خمسمائة، فيجعل ذلك وصولًا إليه من رأس المال، بقي حقه من رأس المال خمسمائة. وإن كانت قيمة العبد أقل من ألف بأن كانت ستمائة، صار بدفع النصف مستوفيًا ثلاثمائة من رأس المال، وبقي حقه في سبعمائة من رأس المال، فيستوفي من الباقي سبعمائة تمام رأس ماله، ثم

ما بقي يكون ربحاً ، فيقتسمانه على ما شرطا .

وفي الوجه الثاني : يصدّق رب المال على حصته ؛ لأن للمضارب شركة في هذا العبد بقدر الربح ، فرب المال متى صدّق العبد في إقراره جعل مقراً على نفسه وعلى المضارب ، فصح إقراره في حصته ، ولم يصح في حصة المضارب إذا كذبه المضارب في ذلك ، وإذا صح إقراره في حصته يقال له : ادفع نصف حصتك وهو ثلاثة أثمان العبد أو افده بنصف الدية ؛ لأنه بعفو الباقي ، ظهر نصف حصته عن الجناية ، وبقي نصفه مشغولا بها ، وذلك ثلاثة أثمان العبد ، فيقال لرب المال : إما أن تدفع ثلاثة أثمانه أو تفديه بنصف الدية ، وأي ذلك ما اختار بطلت المضاربة هنا ؛ لأنا احتجنا هنا إلى تمييز ملك رب المال عن ملك المضارب فيما دفع ، وذلك لا يكون إلا بعد قبض رأس المال وحصته من الربح ، فصار قابضاً كلاهما ، فتحققت القسمة الحكمية ، فبطلت المضاربة كما لو وُجدت القسمة الحقيقية ، وكذلك إن اختار الفداء كأنه دفعه ، ثم اشتراه بعد الدفع من المجني عليه ، فيكون الجواب في الدفع والفداء سواء .

١٨٣٠٧ - قال محمد رحمه الله في "الأصل" أيضاً : ومن دفع ألفاً مضاربة بالنصف ، فاشترى بها عبداً يساوي ألفاً ، فجنى عنده جناية خطأ ، فإنه ليس للمضارب أن يدفع ولا أن يفدي من مال المضاربة ، وإن كان مع العبد للمضارب مال آخر للمضاربة ؛ لأنه ليس للمضارب شركة في العبد ، فإن كله[1] مشغول برأس المال ، إنما له مجرد حق البيع ، فكان بمنزلة الوكيل ببيع العبد إذا جنى العبد عنده جناية ليس له أن يدفعه ، ولا أن يفديه من مال الموكل ، فكذا هنا .

فرّق بين هذا وبين العبد المأذون له ، فإنه إذا اشترى عبداً فجنى عنده جناية خطأ ، كان للمأذون له أن يدفع أو يفدي ، وكما أنه لا ملك للمضارب في العبد الجاني إذا كانت قيمته مثل رأس المال ، إنما له مجرد حق التصرف ، فكذا لا ملك للمأذون له في العبد الجاني ، إنما له مجرد حق التصرف ، ثم جوّز للمأذون الدفع أو الفداء ، ولم يجوز للمضارب ، وحق المضارب في التصرف آكد من حق المأذون على ما عرف .

والفرق أن الدفع والفداء تجارة من وجه وليس بتجارة من وجه ، أما ليس بتجارة

---

(١) وفي الأصل : "فإن كان مشغولا"

القصاص ، وكان معاوضة من هذا الوجه ، والعمل بالشبهين في حق المضارب والمأذون متعذر ؛ لما بين الأمرين من التنافي واعتبروه بالصبي ، وألحقوه بالنفقة في حق المأذون ، واعتبروه مبادلة في حق المضارب ، فلم يجوزوه منه ؛ لأنه مبادلة مال بما ليس بمال توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان ، وكذا هذا .

١٨٣١٠ - فرق بين هذا ، وبينما إذا اشترى عبداً قيمته ألف ورأس مال المضاربة ألف ، فاستهلك هذا العبد مال إنسان كان للمضارب أن يبيع هذا العبد ، ويقضي دين صاحب المال ، وإن شاء قضى دينه من مال المضاربة ، فإذا جنى هذا العبد جناية لم يكن له أن يدفع ، ولا أن يفديه من مال المضاربة .

والفرق بينهما أن ضمان استهلاك ضمان تجارة من كل وجه ؛ لأنه يفيد الملك في المضمون ، والمضمون مال ، فكان مبادلة مال بمال ، وما كان تجارة من كل وجه ، فإنه يملكه المضارب على رب المال كالبيع والشراء ، فأما الدفع فضمان جناية ، فكان تجارة من وجه ، وليس بتجارة من وجه ، ولا يملكه المضارب على ما بينا ، فإن فداه المضارب لا من مال المضاربة ، بل من مال نفسه ، كان جائزاً ، وكان متطوعاً فيما فدى لا يرجع به في مال المضاربة ، أما كونه جائزاً فلأنه لو فداه أجنبي من ماله جاز ؛ لأنه قضى حقاً وجب على غيره من ماله ، وإن لم يكن للأجنبي في العبد الجاني حق ما ، فلأن يصح الفداء من المضارب من ماله ، وله حق في العبد الجاني ، وهو حق التصرف إن لم يكن له ملك أولى وأحرى ، وأما كونه متطوعاً فيما فدى فلأنه قضى حقاً وجب على رب المال ، وهو غير مضطر في ذلك ، ولا محيي ملكه ، فيكون متطوعاً فيما فدى كالأجنبي ، وإنما قلنا : إنه غير مضطر ، وذلك لأن المضارب متى أقام البينة على أنه مضارب ، فإنه لا يطالب بالدفع ولا بالفداء ، والمضطر في الشيء المجبور عليه ولا محيي ملكه ، وذلك لأن المضارب في حق رأس المال ليس بمالك لا حقيقة ولا حكماً ، أما حقيقة فلا إشكال ، وأما حكماً فلأن ماله من حق التصرف في هذا العبد ، وإن كان حقاً لازماً إلا أنه لا يضمن بالإتلاف حتى إن رب المال لو أعتق هذا العبد أو قتله ، لا يضمن للمضارب شيئاً حتى يعطى لهذا الحق حكم الملك ، وإذا لم يكن مضطراً فيما فدى ولا محيياً ملكه ؛ لأنه ليس بمالك حقيقة كان متبرعاً فيما فدى بخلاف المرتهن إذا فدى حصة الأمانة والراهن غائب ، فإنه لا يكون متبرعاً عند أبي حنيفة رحمه الله حتى كان له أن يرجع بما فدى على رب المال ، وإن لم

يكن مضطرًا فيه ، فإنه لو أقام البينة على أنه مرتهن فقضى ، فإنه لا يطالب بحصة الأمانة ؛ لأنه إن لم يكن مضطرًا فيه فإنه يحيي ملكه ؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة إن لم يكن مالكًا حقيقة ، فإنه مالك حكمًا من حيث إنه ماله من حق الحبس في حصة الأمانة يضمن بالإتلاف حتى لو أتلفه الراهن أو جنى عليه ، والدين مؤجل فإنه يضمن جميع قيمته للمرتهن لا قدر المضمون ، كما لو كان مالكًا للمرتهن ، فكان المرتهن في حصة الأمانة مالكًا من وجه ، فاعتبره أبو حنيفة رحمه الله مالكًا حالة الغيبة ، والمالك فيما يصلح ملكه لا يوصف بالتبرع .

وإن لم يكن مجبرًا على ذلك ؛ لأنه يحيي ملكه ، وكان كالمعير للرهن إذا قضى دين المرتهن ، لا يكون متبرعًا ، وإن لم يكن مجبرًا عليه ؛ لأنه يحيي ملكه ، فكذا هذا ، وحالة الحضرة[1] تلحقه بالمودع ، وتجعله متبرعًا ، فهذا هو الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين المضارب والمرتهن حالة الغيبة ، وإن فداه المضارب من ماله بقي العبد على المضاربة ، كما لو فداه أجنبي .

١٨٣١١ - وهذا بخلاف ما لو كان للمضارب شركة في العبد ، فاختار الفداء ، فإنه تبطل المضاربة ؛ لأنه متى كان شريكًا في العبد ، فالفداء إنما حصل ممن يملك الدفع ، لأنه كان يملك دفع نصيبه لكونه مالكًا ، والفداء متى حصل ممن يملك الدفع يمكن أن يجعل في التقدير كأنه ملكه من المدفوع إليه ثم اشتراه منه .

١٨٣١٢ - ولو دفعه ثم اشتراه منه بطلت المضاربة ، فكذا هذا ، فأما ههنا فالفداء حصل ممن لا يملك الدفع ، فلا يمكننا أن نجعل كأنه دفع ، ثم اشترى ، إذ هو لا يملك الدفع ، وإذا لم يمكن أن يجعل كذلك كان فداؤه ، وفداء الأجنبي سواء .

وإن باعه بربح أو بوضيعة لم يكن له أن يأخذ ما فدى به العبد من ذلك ؛ لأنه صار متطوعًا كالأجنبي ، ولو كان رب المال حاضرًا ، والمضارب حاضرًا ، يقال لرب المال : ادفعه أو افده ؛ لأن الملك في جميع العبد لرب المال ، فيكون المخاطب هو بالدفع أو الفداء ، فإذا اختار أحدهما انتقضت المضاربة ، إن اختار الدفع فلأنه استهلك رأس المال بالدفع ، وكان ربحًا بمنزلة ما لو أعتقه ، وإن فدى ، فلما ثبت أنه يجعل كأنه دفع ثم

[1] هكذا في الأصل ، وفي م : " حالة الضرة " ، وفي ط : " حالة الحضرة " .

ثمن مال، فمتى قضينا لهما بالقصاص أدى إلى تحصيل حصة المضارب من الربح قبل وصول رأس المال، وهذا لا يجوز.

وفي الوجه الثالث: يجب القصاص لرب المال؛ لأن الحق له في القصاص باعتبار الحال والمآل جميعًا. باعتبار الحال؛ لأنه لا شركة للمضارب في العبد للحال، ألا ترى أنه لو أعتقه المضارب، لم ينفذ إعتاقه، وباعتبار المآل لا يثبت للمضارب فيه شركة؛ لأنه ليس في يد المضارب مال آخر حتى يستوفي رب المال رأس ماله، فيظهر الربح. فتبين في المآل أن المضارب كان شريكًا في القصاص، وكان من له القصاص معلومًا ههنا باعتبار الحال والمآل جميعًا، فوجب القصاص لرب المال، بخلاف الوجه الأول؛ لأن الحق إن كان لرب المال باعتبار الحال، فباعتبار المآل متى استوفى رأس ماله مما في يد المضارب، إن سلم فالحق لهما على ما سبق بيانه وتقريره، وإذا وجب القصاص لرب المال في هذا الوجه، خرج العبد عن المضاربة؛ لأنه فات من غير خلف يصلح للمضاربة، وكان بمنزلة ما لو مات العبد خرج عن المضاربة، فكذا هذا.

١٨٣١٦- فإن صالح رب المال القاتل على ألف درهم، جاز الصلح، وكانت لرب المال من رأس ماله، أما الصلح جائز وإن صالحه على أقل من قيمة القصاص وذلك لأن المولى لو باع هذا العبد بألف لو كان حيًا، أو بأقل من الألف كان جائزًا؛ لأنه لا شركة فيه للمضارب، فكذا إذا صالح على الألف أو أقل، وأما الأخذ من رأس ماله فلأن الألف بدل العبد، فكان بمنزلة ما لو باعه بألف حال حياته، وأخذ الألف، وهناك يأخذه برأس ماله، فكذا هذا.

وإن صالحه على ألفين، استوفى رب المال من ذلك رأس ماله، وما بقي يكون ربحًا بينهما على ما شرطا؛ لأن الألفين بدل العبد، فكان بمنزلة ما لو باعه بألفي درهم حال حياته، ولو بيع العبد بألفي درهم، يأخذ رب المال ألف درهم رأس ماله، والألف الأخرى تكون ربحًا بينهما على ما اشترطا، فكذا هذا.

فإن قيل: أليس حكمتم بخروج العبد من المضاربة لما قضيتم بوجوب القصاص لرب المال، وإذا خرج العبد من المضاربة يجب أن تكون ألفا درهم كلها لرب المال، كما لو فسخ المضاربة، ثم باع رب المال العبد بألف درهم، وهناك يكون جميع الألفين لرب المال، فكذا هنا

قلنا : المضاربة لم تنفسخ مقصوداً ، فإنهما لم يفسخاها ، وإنما انفسخت حكماً لفوات المحل ، فإنه فات جميع مال المضاربة ، ولم يخلف بدلاً يصلح للمضاربة ، فإذا انقلب مالاً بالصلح صار العبد فائتاً بخلف يصلح للمضاربة ، فعادت المضاربة .

هذا كما لو قالوا : إن العبد المرهون إذا أبق ، أو كان شاة فماتت ، سقط الدين لفوات الرهن بلا خلف ، فلو عاد العبد من الإباق ، أو دبغ الجلد ، فإنه يعود الدين ؛ لأن السقوط ما كان بالإبراء مقصوداً ، إنما كان لفوات الرهن بغير خلف ، فإذا جيء بعد ذلك عاد الدين ، فكذا هذا ، وكما قالوا في الحر إذا قتل عمداً ، فاقتص الورثة من قاتله ، لم يكن للغرماء فيه حق . ولو صالحوا القاتل على مال ، يثبت حق الغرماء فيه حتى يجب على الورثة أن يقضوا دينهم من بدل الصلح ، فكذلك هذا

درهم مضاربة بالنصف، فأقرضها المضارب من رجل، ثم قبضها، وعمل فيها وربح، قال: إن رجعت الدراهم تلك بعينها، جعلها على المضاربة، وإن أخذ مثلها لم يكن على المضاربة.

١٨٣٢٢- قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وأمره أن يعمل برأيه في ذلك، فاشترى المضارب بالألف المضاربة عبداً يساوي خمسمائة، وقبض العبد، ونقد الثمن، فإن الشراء يلزم المضارب؛ لأن رب المال وكله بالشراء، والوكيل بالشراء إذا اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، يصير مخالفاً، ويلزمه الشراء عندهم، بخلاف الوكيل بالبيع المطلق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

فإن قيل: أليس أن رب المال قال له: اعمل فيه برأيك. قلنا: اعمل فيه برأيك ينصرف إلى ما هو تجارة والمحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة، ويقول له: اعمل برأيك لا يملك الهبة، وإنما يملك به دفع المال مضاربة وشركة، والخلطة بماله وأشباه ذلك(1).

روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا كانت المضاربة دنانير، وأودعها المضارب عند صيرفي، فخلطها الصيرفي بماله بغير أمره، ثم اشترى المضارب متاعاً بدنانير، فإنه ضامن.

١٨٣٢٣- وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها جارية، ثم اختصما بعد، قال: يكون رأس المال قيمة الجارية يوم يختصمان. وعن أبي يوسف رحمه الله أيضاً: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بالألف عبداً، وقبض العبد، ولم ينقد الألف، ثم باع العبد بألفين، وقبض الألفين، ولم يدفع العبد حتى مات العبد، وضاعت الألوف الثلاثة، قال: يرجع على رب المال الذي دفعه إلى المضارب، وذلك الألف، ثم ما بقي يكون عليهما، وكذلك ما قل من ذلك أو كثر. وإن كان اشترى بالألف عبداً، وقبض العبد، ولم يدفع المال، وباع العبد بعد ذلك بخمسمائة وقبض المال، ومات العبد في يده، وضاع المال كله، فرد على رب العبد ألف درهم، والخمسمائة عليهما نصفان.

(1) هكذا في ط، وكذا في الأصل وب، ... فلعله سقط ما بعد ذلك.

وقال محمد رحمه الله: في المسألة الأولى يرجع المضارب على رب المال بألفين وخمسمائة، فيدفع منها ألفاً إلى الأول، ويغرم من عنده خمسمائة مقدار ربحه، فيضيفها إلى ما بقي، فيدفع ذلك كله إلى الثاني، وقياس قول محمد رحمه الله في المسألة الثانية: إن المضارب يرجع على رب المال بجميع الدين، وهما ألف وخمسمائة، فيؤدي إلى الأول ألفاً وإلى الثاني خمسمائة، ولا يغرم المضارب شيئاً من عنده؛ لأنه لا ربح له.

١٨٣٢٤ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف يشتري بها، ويبيع ويشارك، ويعمل برأيه، فاشترى بها وبألف من عنده متاعاً، ولم يخلط المالين، ثم أراد أن يبيع حصته أو حصة المضاربة خاصة، ليس له ذلك من قبل أن الشركة وقعت في البيع، وإذا وقعت في البيع على أن يبيعا ويشتريا، لم يكن لواحد منهما أن يخص نفسه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها، وباع وربح حتى صار ثلاثة آلاف درهم، ثم اشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم ألف، ولم ينقد الثمن(١) حتى ضاع، كان غرم ذلك على رب المال من قبل أن عتق المضارب لم يكن يجوز في شيء منهم، ويكون رأس المال أربعة آلاف درهم.

ولو أن رب المال اشترى عبداً بألف، واشترى منه المضارب بألف في يديه من المضاربة، وليس في يديه غيرها، فضاعت قبل أن ينقد رب المال، فلا غرم على المضارب، ويأخذ العبد بغير شيء، فيكون المال على المضاربة، ورأس المال فيه ألفان.

١٨٣٢٥ - وفي «المنتقى»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبداً يساوي ألفي درهم، فنهاه رب المال أن يبيع إلا بالنقد، وقال المضارب: أبيعه بالنسيئة، أو قال: أبيع حصتي، وهو الربح بالنسيئة، فليس له أن يبيع إلا بالنقد؛ لأن رب المال لم يستوف رأس ماله، فلا يكون للمضارب أن يختار لنفسه، ويربح العبد يعمل فيه ما أحب، فإن باع المضارب ثلاثة أرباعه بالنقد، لم يكن له أن يبيع

(١) في ظ وف: رب المال.

الربح بالنسيئة حتى يقبض ثمن الثلاثة الأرباع، ويوفي من ذلك رب المال رأس ماله وربحه، ثم يبيع بعد ذلك الربع إن أحب بالنسيئة.

هشام: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال: ليس للمضارب أن يشتري على المضاربة إلا بالعين منها حتى إنه لو دفع متاع المضاربة، ثم اشترى على ذلك الدين على المضاربة، لم يجز على المضاربة، وإن اشترى غلامًا فهو عنده جائز لنفسه، قال: وسمعت محمدًا رحمه الله يقول: إذا أذن المضارب للمملوك من المضاربة في التجارة في المال الذي من المضاربة بعينه يشتري به ويبيع، فهو جائز، وليس على هذا المملوك عهدة شيء مما باع، وإنما العهدة على المضارب، وهذا بمنزلة رجل قال لمملوك غيره: اشتر لي بهذه الدراهم كذا، أو قال: بع، ففعل كانت العهدة على الآمر.

١٨٣٢٦ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: المضارب إذا اشترى بألف المضاربة متاعًا وقبضه، ولم ينقد الألف حتى هلكت، فأدى الثمن من عنده لم يكن للمضارب أن يرجع على رب المال بشيء، والمتاع على المضاربة.

١٨٣٢٧ - وفي المنتقى: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى بها متاعًا وقبضه، ولم ينقد الألف، ثم باع المتاع بألفين، وقبض الألفين، ولم يدفع المتاع، لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئًا من ذلك، فإن دفع المتاع يشتري بالألفين على المضاربة من قبل أنه برئ عن الدين حين دفع المتاع إلى المشتري، وإن دفع المتاع ثم اشترى بالألفين، ثم هلكت الثلاثة آلاف جميعًا، رجع المضارب على رب المال بألفين وخمسمائة، ويغرم المضارب من عنده خمسمائة، ويكون رأس مال المضاربة ألفين وخمسمائة، وهذا قول محمد رحمه الله.

١٨٣٢٨ - وفي نوادر إبراهيم[1] بن رستم عن محمد رحمه الله: إذا كان رأس مال المضاربة ألف درهم، فاشترى المضارب بمائة دينار غلامًا، وقيمة الدنانير ألف درهم، فلم يدفع حتى بلغت قيمة الدنانير ألفين، فالمضارب يشتري بألفين خمسين دينارًا، ويرجع على رب المال بخمسين دينارًا، ويكون رأس المال ألف درهم وخمسين دينارًا.

(١) وفي الأصل: هشام بن رستم.

عيب يحتاج إلى أن يرجع بنقصان العيب على رب المال، ولم يرض رب المال بذلك، وههنا متى استدان على المضاربة لا يحتاج إلى أن يرجع على رب المال؛ لأنه يبيع الخادم فيوفي ثمن الجارية من الخادم.

قلنا: قد يكون الخادم معيبًا لا يشترى، فمتى هلك ثمن الجارية يحتاج إلى أن يرجع على رب المال بثمن الجارية ورب المال لم يرض بذلك، وإن كان حقيقة الرجوع على رب المال بما لم يرض به مانعًا من جواز الشراء على المضاربة، فكذا توهم الرجوع على رب المال بما لم يرض به يكون مانعًا من جواز الشراء على المضاربة.

ولو اشترى بالجارية التي قبض جارية أخرى كان ذلك جائزًا، وكانت مضاربة؛ لأنه اشترى للمضاربة بعين مال المضاربة حقيقة وحكمًا، فصار مشتريًا للمضاربة.

١٨٣٣٢- بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها عبدًا، فقال له رب المال: هذا ابني وقد اشتريته بمال المضاربة؟ فلا يلزمني، وكذبه المضارب، فالقول قول المضارب، ويعتق العبد، ويثبت نسبه من رب المال بإقراره حتى لا يكون لرب المال تضمينه. ولو قال كل واحد منهما: هو ابني، وليس في قيمته فضل، فإنه يعتق من مال رب المال، ويثبت نسبه، ولا يقبل قول رب المال على تضمين المضارب، ولو كان في قيمته فضل على رأس المال، كان المضارب ضامنًا للمال، وهو ابنه.

وإذا اشترى المضارب ابنه وهو معروف، ولا فضل فيه، ثم صار فيه فضل على رأس المال عتق، ويضمن المضارب لرب المال رأس ماله ونصفه من الربح إن كان غنيًا[1] في قول أبي يوسف رحمه الله، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل.

١٨٣٣٣- دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها جارية تساوي ألفًا أو أكثر، ثم إن رب المال وطئها، فلم تعلق فعليه مهر مثلها، ويكون في المضاربة من قبل أنه ليس من الشركة، وإن كان فيه ربح، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا قول قديم لأبي يوسف رحمه الله.

١٨٣٣٤- بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: اشترى المضارب بمال

---

(١) وفي الأصل: "عينًا".

المضاربة جارية، وفيها فضل على رأس المال، ثم إن المضارب استولدها، ثم استحقت، فأخذ منه عقرها، وقيمة ولدها، ثم يرجع المضارب على البائع بقيمة الولد؛ لأنه ما شراه لنفسه، ولم يغره البائع.

١٨٣٣٥- وإذا أقر المضارب لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة، كالوالد والولد، والزوجة، أو بسبب الملك كعبده المأذون والمديون أو مكاتبه، فإنه لا يصح إقراره في قول أبي حنيفة(١)، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصح الإقرار إلا لعبده ومكاتبه، وعلى هذا الخلاف إذا أقر العبد المأذون لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة

وعلى هذا الخلاف أحد المتفاوضين إذا أقر لمن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة والملك، لا يصح إقراره في نصيب الشريك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يصح في نصيب شريكه إلا في عبده المديون ومكاتبه.

وهذه المسألة فرع مسألة البيع والشراء، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: المضارب محجور عن البيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له بالغبن، وإن كان يسيراً، فيكون محجوراً عن الإقرار أيضاً؛ لأن الإقرار يبتني على البيع والشراء، وعلى قولهما: المضارب غير محجور عن البيع والشراء مع هؤلاء بالغبن اليسير، فلا يكون محجوراً على الإقرار أيضاً، لما ذكرنا أن الإقرار يبتني على البيع والشراء.

حكي عن القاضي أبي عاصم العامري رحمه الله أنه كان يقول: كنت أظن أن إقرار المضارب لهؤلاء لا يكون أكثر من الإقرار لنفسه، ولو أقر لنفسه بدين في المضاربة، صح إقراره فلأن يصح إقراره لهؤلاء أولى بخلاف أحد المتفاوضين، فإنه لو أقر لنفسه بدين في المفاوضة، لا يصح إقراره، فكذا لهؤلاء كالإقرار لنفسه من وجه، قال: فكنت أظن هكذا حتى وجدت الرواية في كتاب المضاربة نصاً أن إقراره لهؤلاء لا يجوز، فيحتاج إلى الفرق بينه إذا أقر لنفسه بدين في المضاربة، وبينما إذا أقر لهؤلاء بدين في المضاربة، والفرق أن مطلق الإقرار بدين في المضاربة إقرار بالتجارة؛ لأن المضارب لا يملك في المضاربة إلا التجارة، فإذا كان الإقرار بدين المضاربة إقراراً بالتجارة، وقد ثبت الحجر عن التجارة في حق هؤلاء، فلحقه الحجر عن الإقرار لهؤلاء أيضاً، فأما دين المضارب في مال المضاربة إنما يثبت بأنه يشتري شيئاً من أجنبي، ويقبض ثمنه من مال

نفسه، ولم يلحقه الحجر في حق الشراء من الأجنبي بوجه ما، فكذا في الإقرار الذي يبتني عليه، بخلاف المفاوض إذا أقر بدين لنفسه في مال المفاوضة؛ لأنه لا يجب له دين على صاحبه بالنقد من مال نفسه؛ لأن ما نقد كان مشتركًا بينه، وبين صاحبه بخلاف المضارب.

وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل، فأما إذا كان فيه فضل، يصح إقراره لهؤلاء في حصته، نص عليه في المضاربة الصغيرة.

١٨٣٣٦ - إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز؛ لأنه يصير معينًا للمضارب، وإعانته صحيحة، وليست بنقض للمضاربة، وقد مر من هذا الجنس، فإن باعه بأقل من قيمته بما يتغابن الناس فيه أو لا يتغابن، لا يجوز بيعه إلا أن يجيزه المضارب؛ لأنه ليس بتصرف بحكم الأمر من جهة المضارب، بل بحكم الملك بطريق الإعانة، وقد تعلق به حق المضارب، فكان البيع بالغبن استهلاكًا، والاستهلاك لا يتحمل قل أو كثر.

وعلى هذا إذا كان المضارب اثنين، فباع أحدهما بإذن رب المال، لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجيزه المضارب الآخر؛ لأنه لا يملك التفرد بالتصرف بموجب عقد المضاربة، وإنما يملك باعتبار إذن المالك، وتصرف المالك بنفسه لا يصح إذا كان فيه غبن، فكذا تصرف أحدهما.

١٨٣٣٧ - ولو باع المضارب دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها: فلا شفعة له، سواء كان في الدار ربح أو لم يكن، أما لم يكن في الدار ربح فلأن المضارب وكيل في البيع، والوكيل بالبيع إذا باع لا يكون للموكل فيه شفعة، وأما إذا كان في الدار ربح، أما حصة رب المال فلما ذكرنا، وأما حصة المضارب فلأنه يتفرق الصفقة على المشتري؛ ولأن المشتري صار شريكًا في الدار، والشريك مقدم على الجار.

١٨٣٣٨ - ولو باع رب المال دارًا لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة، فإن كان في يد المضارب من مال المضاربة مدة وفاء بثمن الدار، لم تجب الشفعة؛ لأنه لو أخذها بالشفعة وقع ذلك لرب المال، فلا شفعة للبائع، وإن لم يكن في يده وفاء بثمن الدار، فإن لم يكن في دار المضاربة ربح، فلا شفعة، وإن كان فيها ربح، فللمضارب أن

بأخذها لنفسه؛ لأن له نصيباً من دار المضاربة، وكذا جاز أن يأخذه بالشفعة.

١٨٢٣٩ - ولو أن أجنبياً اشترى داراً بجنب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بثمن الدار، فله أن يأخذها(١) للمضاربة، وإن سلم الشفعة بطلت؛ لأن حق الأخذ له، فيصح تسليمه، وإن لم يكن في يده وفاء بثمن الدار، فإن كان في دار المضاربة ربح، فالشفعة لرب المال والمضارب، وإن لم يكن فيها ربح، فالشفعة لرب المال خاصة.

١٨٢٤٠ - قال أبو يوسف رحمه الله: إذا استأجر أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليبيع له ويشتري، ثم دفع فاستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة، فالمضاربة فاسدة، والربح لرب المال، ولا شيء للأجير سوى الأجرة.

وقال محمد رحمه الله: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير في الوقت الذي يعمل في المضاربة.

١٨٢٤١ - وقال محمد رحمه الله فيمن دفع إلى آخر مالاً مضاربة، وشرط عليه أنه إن اشترى به الحنطة فله نصف الربح، وإن اشترى به الدقيق فله ثلث الربح، فهذا جائز؛ لأن التخيير(٢) وقع بين عملين مختلفين، فصار كخياط الرومي والفارسي.

ولو دفع إليه على أنه إن عمل في المصر فله ثلث الربح، وإن سافر فله نصف الربح، فاشترى في البلد، وباعه في السفر، فإن المضاربة على الشراء، فإن اشترى في المصر فله ما شرط له في المصر، سواء باعه في المصر أو في غيره؛ لأن العمل قد حصل بالشراء والبيع إنهاء له، فيأخذ حكمه، وإن اشترى ببعض المال في المصر، وبالبعض في السفر، فربح كل واحد من المالين على شرطه، تم كتاب المضاربة من المحيط، ويتلوه كتاب المزارعة - والله أعلم -.

(١) وفي الأصل: فله أن يأخذها لنفسه، وإن سلم.

(٢) هكذا في ظ، وفي م وف: التحري، وكان في الأصل: التجزي.

كتاب المزارعة

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "شرط".

(٢) وفي الأصل وف: "المعامل".

(٣) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "العامل".

الفصل الأول

في بيان ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها

١٨٣٤٢ - فأما ركنها : فالإيجاب والقبول؛ لأنهما ينعقدان إجارة إن كانا يصمان الشركة، والركن في الإجارة الإيجاب والقبول.

١٨٣٤٣ - وأما شرائط جوازها : فمن شرائط جواز المزارعة كون الأرض صالحة للمزارعة[1]، وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد.

ومنها بيان المدة بأن يقول : إلى سنة أو سنتين وفيما إذا دفع الكرم معاملة في القياس لا يجوز من غير بيان المدة.

وفي الاستحسان : يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة، فعلى جواب الاستحسان فرق محمد بين المزارعة وبين المعاملة على ثمرة واحدة، وما وقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة، ووجه الفرق أن المدة في باب المعاملة معلومة عرفاً؛ لأن ابتداء العمل ما لا يتقدم، ولا يتأخر في النخيل والكروم في الأماكن كلها، وإن تقدم أو تأخر كان يسيراً لا عبرة فيها فيما بين الناس، وإذا لم يتقدم ابتداء العمل ولا يتأخر، ولا يتقدم انتهاءه، ولا يتأخر أيضاً، وكانت المدة معلومة عرفاً، أما في باب المزارعة المدة غير معلومة عرفاً؛ لأن ابتداء العمل فيها ما يتقدم ويتأخر عرفاً تفاوتاً فاحشاً من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، فإذا كان ابتداء العمل فيها يتقدم ويتأخر عرفاً، كان الانتهاء كذلك أيضاً، فهذا هو الفرق بين المزارعة والمعاملة، عن محمد بن سلمة : أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضاً، وتقع على سنة واحدة، يعني على زرع واحد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، ذكره في أول المزارعة من الفتاوى. ومن الشرائط أن يخلي[2] رب الأرض والتخلية بين الأرض والتخلية وبين المزارع والعامل حتى إذا

---

(١) وفي الأصل : للزراعة.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في هذا الموضع : يخلي، ويخلي، علي.

شرط في العقد ما ينعدم به التخلية[1] مثل عمل رب الأرض والنخيل مع المزارع أو مع العامل، لا يجوز على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ومن الشرائط بيان من عليه البذر، لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، فلابد من بيان من عليه البذر حتى يعرف المؤجر من المستأجر، حكى عن بعض أئمة بلخ: أن بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون، أو كان العرف مشتركًا. أما في كل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه، لا يشترط بيان من عليه، إذ المعروف كالمشروط، كما في نقد البلد.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد: إذا قال لغيره: أجرتك أرضي هذه سنة بالثلث، أو قال: بالنصف، قال: هو جائز، والبذر على المزارع، ولو قال: دفعت إليك أرضي، أو قال: أعطيتك أرضي مزارعة بالثلث، فهذا فاسد، إذ ليس فيه بيان من عليه البذر، وإنه شرط[2]. ومن الشرائط بيان ما يزرع في الأرض، وهذا قياس. وفي الاستحسان: بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوض الرأي إلى المزارع، أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في أول شرح المزارعة، ومن الشرائط بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة بينهما في الخارج بأن يقول بالنصف أو بالثلث أو بالربع، أو ما أشبه ذلك؛ لأنه تتم شركة في الانتهاء، وبيان النصيب في الشركات على وجه لا يقطع الشركة. فإن بيّنا نصيب من لا بذر من جهته، جازت المزارعة قياسًا واستحسانًا، وإن بيّنا نصيب من كان البذر من جهته، جازت المزارعة استحسانًا لا قياسًا.

ومن شرائط المعاملة أن يكون العقد واقعًا على ما هو من حد النمو بحيث يزيد في نفسه بسبب عمل العامل حتى إذا عقد عقد المعاملة على ما بينا من عظيمة، وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل، فالمعاملة لا تصح، وسيأتي بيان ذلك في خلال المسائل -إن شاء الله تعالى-.

١٨٣٤٤- وأما بيان حكمها فنقول: لها حكمان: أحدهما: يثبت في الحال؛

(١) هكذا في الأصل وب وم، وكان في ط: "التخلية".

(٢) وفي ط: "وإنه شرط ولا كذلك الصورة الأولى؛ لأن الأجرة تكون على المستأجر لا محالة".

وهو الملك في منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع؛ لأن المزارع يصير مستأجراً للأرض إذا كان البذر من جهته، أو ثبوت الملك في منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للمزارع إذا كان البذر من جهته؛ وفي المعاملة الحكم الذي يثبت في الحال ثبوت الملك في منفعة العامل؛ لأن رب النخيل مستأجر للعامل كرب الأرض إذا كان البذر من جهته، وحكم آخر يثبت في الثاني، وهو الشركة في الخارج.

١٨٣٤٥ - وأما بيان صفتها فنقول: المعاملة لازمة من الجانبين للحال حتى إن كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ إلا بعذر، والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر، غير لازم من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذر، وبعد ما ألقى البذر في الأرض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر، وهذا لأن من كان البذر من قبله، فهو مستأجر إما للعامل، أو منفعة الأرض؛ لأنه باذل مين مال(١)، فيكون مستأجراً، والمستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البدل، فأما لا يجبر على الاستيفاء لأن الاستيفاء خالص حقه لم يتعلق به حق أحد، فيكون بالخيار إن شاء استوفى، وإن شاء لم يستوف.

ولهذا قلنا: إن من استأجر داراً بدراهم ليسكنها، كان مجبراً على قبض الدار حتى يتأكد حق الآخر في البدل، فأما لا يجبر على استيفاء السكنى، بل هو بالخيار، إن شاء سكن وإن شاء لم يسكن.

وكذلك إذا استأجر أرضاً ليزرعها بدراهم، يكون مجبراً على قبض الأرض حتى يتأكد حق الآخر في الأجر، فأما لا يجبر على المزارعة، بل يخير، فيقال: فإن شئت فازرع، وإن شئت فلا تزرع، فدل أن المستأجر لا يجبر على استيفاء ما ملكه بالإجارة، بل يخير في ذلك إذا وقعت الإجارة بالدراهم والدنانير، فكذا إذا وقعت الإجارة ببعض ما يخرج منها، لا يجبر المستأجر على الزراعة، بل يخير.

وإذا كان مخيراً في الزراعة انتفى اللزوم؛ لو بقي، بقي بحق الآخر، وبقاء اللزوم

---

(١) وفي الأصل: «مال».

في حق الآخر لا يفسد؛ لأنه متى بقي لازمًا، ولم يكن لصاحب البذر نقض المزارعة، ولم يجبر على المزارعة، لم يجب الأجر بالتمكن من الزراعة؛ لأن الأجر بعض ما يخرج فيها، فمتى لم يزرع لا يوجد الأجر حتى يجب بالتمكن، فيثبت اللزوم لحق الآخر، وكانت غير لازمة في حق من كان البذر من قبله لهذا المعنى، بخلاف ما لو استأجر أرضًا للزراعة بدراهم أو دنانير أو بعرض بعينه، ثم قال المستأجر: لا أزرع هذه الأرض، وإنما أزرع أرضًا أخرى، أو قال لا أزرع أرضي سنتي هذه، فإنه لا يجبر على الزراعة، ويكون بالخيار إن شاء زرع، وإن شاء لم يزرع إلا أن اللزوم لا يبقى لحق الآخر؛ لأن اللزوم لو بقي في حقه، وترك في يده إذا انقضت المدة، وجب له الأجر على المستأجر بالتمكن والزراعة، وكان في اللزوم فائدة.

قياس مسألة الاستئجار بدراهم بعينه أو بعرض بعينه ما لو دفع النخيل معاملة بالنصف، ثم أراد صاحب النخيل أن ينقض المعاملة، لم يكن له ذلك، وإن كان هو مستأجرًا بمنزلة من كان البذر من قبله؛ لأنه إنما لم يجبر على استيفاء ما ملك بالإجارة، وهو استعمال العامل؛ لأن اللزوم لو بقي لحق الآخر مفيدًا[1] إذا انقضت المدة؛ لأن الأشجار مما تثمر لا محالة، فكان بقاء اللزوم لحق الآخر مفيدًا، بخلاف المزارعة.

فأما في حق من لا بذر من قبله فهي لازمة؛ لأن من لا بذر من قبله إن كان مزارعًا، فهو أجير، والأجير بمنزلة المملوك؛ لأنه ملك عليه بالإجارة منافعه، والمملوك يجبر على العمل، إلا أن يعجز عن العمل حقيقة في المرض، فكذا الأجير، وإن كان من لا بذر من قبله صاحب الأرض فقد ملك عليه منفعة أرضه، فيجبر عليه إيفاءه؛ لأن الإنسان يجبر على إيفاء ما عليه إلا أن يعجز عن الإيفاء حقيقة، والمستأجر في استيفاء المنفعة يستوفي ماله، وليس يوفي ما عليه، والإنسان في الحق الذي يستوفيه لنفسه مخير إن شاء استوفى وإن شاء لم يستوف.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: إذا كان البذر من قبل رب الأرض، ودفعه إلى المزارع، فليس لواحد منهما أن يبطل المزارعة، وإن لم يدفع البذر إلى المزارع، فلرب الأرض أن يبطلها، وليس للمزارع أن يبطلها.

[1] وفي الأصل: مفسد.

الفصل الثاني
في بيان أنواع المزارعة

١٨٣٤٦ - مسائل هذا الفصل تدور على أصل أن استئجار الأرض للزراعة ببعض ما يخرج منها جائز؛ لأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه، ولتعامل الناس، فإن الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع، ومتى كان البذر على المزارع، صار المزارع مستأجراً للأرض ببعض الخارج، وكذلك استئجار العامل والأرض ببعض الخارج جائز لأثر رسول الله ﷺ مع أهل خيبر، ولتعامل الناس، فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على رب الأرض، وإذا شرط البذر على رب الأرض، يصير رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج، وأما استئجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز؛ لأن القياس أنه لا يجوز استئجار العامل والأرض ببعض الخارج؛ لأن الأجر معدوم ليس بمشار إليه، ولا واجب في الذمة، ولكن جوزناهما نصاً بخلاف القياس، والنص ورد في استئجار العامل والأرض، لا في استئجار غيرهما، فبقي استئجار غيرهما على أصل القياس.

وبعد الوقوف على هذه نشتغل ببيان المسائل، فنقول: المزارعة تتنوع على نوعين: أحدهما: أن تكون الأرض من أحدهما، والثاني: أن تكون الأرض منهما.

١٨٣٤٧ - فإن كان الأرض من أحدهما فهو على وجهين أيضاً: أحدهما: أن يكون البذر من أحدهما، والثاني: أن يكون البذر منهما، فإن كان البذر من أحدهما فهو على وجوه:

أحدها: أن يكون البذر والأرض والبقر وآلات العمل من قبل أحدهما، ومن الآخر مجرد العمل، وفي هذا الوجه العقد جائز؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل: شرطنا آلات العمل على رب الأرض والمزارعة لا تقتضي ذلك، ألا ترى أن من غير الشرط تجب آلات العمل على المزارع، وفيه منفعة المزارع، فينبغي أن

يوجب فساد العقد.

قلنا: هذا شرط يقتضيه العقد من وجه من حيث إن فيه تأكيد الاستيفاء والإيفاء؛ لأن المزارع إنما يقدر على إيفاء العمل بالآلات العمل، وكذلك رب الأرض إنما يقدر على استيفاء العمل بالآلات الاستيفاء، ومثله لا يوجب فساد العقد.

الوجه الثاني: أن يكون من قبل رب الأرض الأرض وحدها، والبذر والبقر والعمل وآلات العمل على المزارع، وفي هذا الوجه العقد جائز أيضاً؛ لأن العامل صار مستأجراً للأرض ببعض الخارج، وإنه جائز، أكثر ما فيه أنه شرط على العامل آلات العمل، إلا أنه شرط يقتضيه العقد، فهو نظير ما لو استأجر خياطاً على أن تكون الإبرة عليه.

الوجه الثالث: أن يكون البذر والأرض من واحد، والعمل والبقر من آخر، وفي هذا الوجه العقد جائز أيضاً؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجراً للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل: كما صار مستأجراً للعامل ببعض الخارج صار مستأجراً لبقره أيضاً ببعض الخارج، فلئن جاز هذا العقد من حيث إنه استئجار العامل لا يجوز من حيث إنه استئجار البقر.

قلنا: الأجر لا يقابل البقر؛ لأنه آلة العمل، والآلة لا يقابلها شيء من الأجر؛ لأنه يكون على العامل كالإبرة وأشباهها، فلا يصير رب الأرض مستأجراً للبقر، إنما يصير مستأجراً للعامل، ويكون البقر تبعاً له من حيث إنه آلة العمل، واستئجار العامل ببعض الخارج جائز.

الوجه الرابع: أن تكون الأرض والبقر من واحد، والبذر والعمل من آخر، وفي هذا الوجه المزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنها تجوز؛ لأن هذا شرط آلة العمل على رب الأرض، وشرط آلة العمل على رب الأرض جائز، ألا ترى أنه لو شرط البذر مع البقر على رب الأرض يجوز، فههنا كذلك.

وجه ظاهر الرواية أن صاحب الأرض أجر البقر ببعض الخارج؛ لأن منفعة البقر

ليست من جنس منفعة الأرض فيجعل تابعا للأرض، فصارت منقطعة عنها، واستئجار البقر ببعض الخارج لم يرد به الأثر، بخلاف ما إذا شرط البقر على العامل، حيث يجوز، ولا يجعل رب الأرض مستأجر البقر والعامل؛ لأن البقر آلة العمل، وكان منفعته من جنس منفعة العامل، فيجعل تبعا للعامل، فلا يصير رب الأرض مستأجرا به، وبخلاف ما إذا شرط البقر مع البذر على صاحب الأرض؛ لأن هناك العامل لا يصير مستأجر البقر ببعض الخارج، وإنما يصير مستأجرا له بعض منفعة نفسه، وذلك جائز.

وإذا فسدت المزارعة في حق البقر، فسدت في حق الأرض أيضا؛ لأنه لو لم يفسد في حق الأرض لابد أن يقسم ما شرط لرب الأرض من نصف الخارج على أجر مثل البقر، وعلى أجر مثل الأرض، فيصير الزارع حينئذ مستأجرا للأرض بما يخصه من نصف الخارج المشروط لرب الأرض لو قسم ذلك على أجر مثل العمل والبقر والأرض، والحصة إنما تعرف بالحزر، والظن لا يكون حصة الأرض معلومة من حيث الإحاطة واليقين، وجواز استئجار الأرض عرف بخلاف القياس في موضع كان المشروط لرب الأرض معلوما بيقين بأن شرط له النصف أو الثلث أو الربع، أو ما أشبه ذلك، فبقي ما عداه على أصل القياس.

الوجه الخامس: إذا دفع بذرا إلى رجل ليزرعه في أرضه بنصف الخارج أو الثلث أو الربع، فالمزارعة فاسدة في هذا الوجه في ظاهر الرواية، وكذلك إذا دفع بقرا منفردا إلى رجل ليزرع في أرضه بنصف الخارج فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه جوز ذلك؛ لأن صاحب البذر في الصورة الأولى وصاحب البقر في الثانية صار مستأجرا للأرض والعامل، وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد؛ فيجوز حالة الاجتماع، وجه ظاهر الرواية حديث مجاهد.

وذكر شيخ الإسلام في الباب الثاني من شرح كتاب المزارعة: أن على قول أبي يوسف رحمه الله: إنه يجوز ذلك، إنما يجوز هذا العقد إذا كان العامل في الأرض غير رب الأرض، أما إذا كان العامل رب الأرض فلا يجوز.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان رب الأرض هو العامل ببذر

رجل وبقره، جازت المزارعة، ثم رجع، وقال: لا يجوز أن يأخذ رب الأرض مزارعة ليعمله.

وفي "النوازل": رجل له أرض إذا كان يأخذ بقرًا من رجل حتى يزرعها، ويكون الزرع بينهما، فالحيلة له في ذلك أن يشتري نصف البقر منه، ويبرئه البائع عن الثمن، ثم يقول له: ازرعها بالبذر كله على أن الخارج بيننا نصفان؛ لأن البذر إذا صار مشتركًا بينهما، فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما، فيكون بينهما بدون شرط، فمع الشرط أولى.

الوجه السادس: أن يكون البذر والبقر من واحد، والأرض والعمل من آخر، فإنه فاسد أيضًا كما لو دفع البذر وحده، ثم في كل موضع جازت المزارعة كان الخارج بين المزارع ورب الأرض على السهام، والأجزاء التي شرطا في المزارعة؛ لأن المزارعة متى صحت، فإنها تنعقد إجارة ابتداء، وتتم شركة عند حصول الخارج، والأصل في الشركات أن المستفاد من الأصل المشترك يكون مشتركًا بين الشريكين على السهام، والأجزاء التي شرطا في عقد الشركة، فكذا هذا.

وإن هلك الخارج قبل الإدراك بأن اصطلم الزرع آفة، أو لم ينبت أصلاً، فإنه لا شيء لواحد منهما على صاحبه، أما إذا اصطلم الزرع آفة فلا إشكال فيه؛ لأن بعد حصول الخارج تصير المزارعة شركة، والمال المشترك متى هلك، فإنه لا يستحق أحد الشريكين على صاحبه أجزاء كما في سائر الشركات، فأما إذا لم ينبت أصلاً ففيه نوع إشكال، وكان يجب أن يكون للعامل أجر المثل على رب الأرض؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة، وإنما تصير شركة إذا حصل الخارج كالهبة بشرط العوض إنما تصير معاوضة عند اتصال القبض بالبدلين، ولم يوجد الخارج ههنا، فبقيت إجارة، وإذا بقيت إجارة يقول رب الأرض: استأجر العامل ببعض ما يخرج من عمله من هذه الأرض، وإنه بمنزلة العين حتى لو أراد أن يعطيه الخارج من أرض أخرى لا يقدر، والأجرة في الإجارة متى كان عينًا إذا هلك قبل التسليم إلى الأجير بعد استيفاء منفعة الأجير، إنه يجب للأجير أجر المثل الآن، الجواب عنه: أن هذا هكذا إذا هلك الأجر العين قبل التسليم، وههنا هلك بعد التسليم؛ لأن المزارع قبل البذر الذي يخرج منه الخارج، وقبض الأصل الأصل

العين من كل وجه؛ لأن الإشارة إلى الثمن معتبرة جوازاً واستحقاقاً.

ولما اتصل الخبث بالربح من كل وجه أوجب التصدق، ولو كان التصرف في الدراهم التي ملكها بحكم عقد فاسد وربح، فإنه لا يتصدق بالربح؛ لأن الخبث المتمكن في الدراهم بسبب الفساد اتصل بالبدل من وجه ولم يتصل به من وجه من حيث إن الإشارة إلى الدراهم معتبرة في حق الجواز، كان الاتصال ثابتاً، ومن حيث إن العقد لا يتعلق بالمشار إليه استحقاقاً، فالاتصال غير ثابت، فلما كان الاتصال من وجه دون وجه لم يوجب التصدق، وإذا ثبت هذا الأصل نقول: الخبث المتمكن في عمل العامل بسبب الفساد اتصل بالخارج من حيث الحكم، وأما من حيث الحقيقة فلا اتصال له؛ لأن عمله قد مضى وانقضى قبل حصول الزرع، فكان كالشراء بالدراهم المملوكة بعقد فاسد شراء فاسداً، والخبث المتمكن في منفعة الأرض بسبب الفساد اتصل بالخارج حقيقة وحكماً؛ لأن منفعة الأرض متصلة بالخارج من أول ما نبت إلى وقت الإدراك، وإذا ثبت الاتصال من كل وجه أوجب التصدق، كما لو تصرف في العين المشتري شراء فاسداً وربح.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو اشترى شيئاً بدراهم مغصوبة، فإنه لا يطيب، والاتصال ثابت من وجه دون وجه؛ لأن الإشارة إلى الدراهم لا عبرة بها في الاستحقاق، وإن كان لها عبرة في حق الجواز.

قلنا: إنما اعتبرنا هذا الأصل في حق المملوك بحكم عقد فاسد، لا في الغصب، بل في الغصب الاتصال من كل وجه، أو من وجه يمكن الخبث؛ لأن الخبث في الغصب أكثر من الخبث في المملوك بعقد فاسد؛ لأن المغصوب حرام لحق الشرع، ولحق المالك جميعاً، والمملوك شراء فاسداً حرام لحق الشرع لا لحق المالك، فإذا كان الخبث في الغصب أكثر، وفي الشراء الفاسد أقل، فصّلوا في الجواب في المملوك بعقد فاسد تفصيلاً، وفي الغصب أطلقوا الجواب إطلاقاً لتظهر مزية الغصب في الخبث في الشراء الفاسد.

١٨٣٤٨- وإذا أراد رب الأرض والمزارع أن يطيب لهما الزرع، عندهما في موضع فسدت المزارعة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله: في موضع صحت المزارعة

عندهما، والوجه في ذلك ما حكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد: أنه قال: يميز الحسابات: نصيب رب الأرض، ونصيب المزارع، ويقول رب الأرض للمزارع: وجب لي عليك أجر مثل الأرض أو نقصانها، ووجب لك علي أجر مثل عملك وثيرانك وقدر بذرك، فهل تصالحني على هذه الحنطة؟ وعلى ما وجب لك علي عما وجب لي عليك، فيقول المزارع لرب الأرض: قد وجب لي عليك أجر مثل عملي وبذري، ووجب لك علي أجر مثل أرضك أو نقصانها، فهل صالحتني عما وجب لك علي مما وجب لي عليك وعلى هذه الحنطة، فيقول رب الأرض: صالحت، فإذا تراضيا على ذلك جاز، ويطيب لكل واحد منهما ما أصابه؛ لأن الحق بينهما لا يعدوهما، فإذا تراضيا بذلك زال الموجب للخبث، فطاب لكل واحد منهما ما أصابه.

وفي كل موضع لم تفسد المزارعة إذا شرط البقر على أحدهما، لا تفسد المزارعة إذا شرط استئجار البقر على أحدهما، وإن شرط في المزارعة عقد آخر، وهو استئجار البقر، فيكون صفقة مشروطة في صفقة، وإنه لا تفسد المزارعة؛ لأن المراد من ذكر استئجار البقر بيان من عليه البقر، لا حقيقة الاستئجار بدليل أن من شرط عليه استئجار البقر إذا لم يستأجر البقر، لكن كرب الأرض بنفسه، أو كرب ببقر وهب له أو ورثه، أو اشترى جاز ذلك وإن لم يستأجر، وإذا صار ذكر الاستئجار عبارة عن اشتراط البقر على أحدهما لا عن حقيقة الإجارة صار قوله على أن تستأجر أحدهما بمنزلة قوله: على أن البقر من أحدهما، وكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا.

ونظير هذا ما قالوا: فيمن تزوج امرأة على أن يشتري بها دار فلان أو عبد فلان، فيكون مهراً لها كان المراد من ذكر الشرى أن يسلم إليها عبد فلان أو دار فلان، لا حقيقة الشراء حتى إنه إذا أمكنه التسليم بدون الشرى، بأن ورث ذلك العبد، أو وهب له أجبرت المرأة على القبول، كذا هنا.

١٨٣٤٩ - هذا الذي ذكرنا إذا كانت الأرض من أحدهما، والبذر من أحدهما، فأما إذا كانت الأرض من أحدهما والبذر منهما، وإن شرط العمل على المدفوع إليه الأرض، وصورته رجل دفع أرضه إلى رجل على أن يعمل المدفوع إليه فيها بنفسه وبقره سنة هذه ويبذره كرا من طعام بينهما، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن شرط أن

يكون الخارج بينهما نصفان، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج للعامل وثلثه للدافع، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج لرب الأرض والثلث للمدفوع إليه. وفي الوجوه كلها المزارعة فاسدة، والوجه في تخريج هذه المسألة وما يجانسها أن نجعل ما يختص به كل واحد منهما من نصف الأرض كأرض على حدة، ثم يقدر المزارعة تقديراً، فما جاز في أرضين جاز في أرض واحدة، وما فسد في أرضين فسد في أرض واحدة، وإنما اعتبرنا كل نصف من هذه الأرض بأرض على حدة؛ لأن نصف هذه الأرض مستأجر، والنصف غير مستأجر؛ لأن البذر إذا كان عليهما كان الدافع باعتبار ما عليه من البذر مستأجراً للعامل، والعامل باعتبار ما عليه يكون مستأجراً لنصف الأرض، وإذا كان نصف الأرض مستأجراً، والنصف غير مستأجر كان حكم النصفين مختلفاً، فاعتبرنا كل نصف على حدة من هذا الوجه، إذا ثبت هذا الأصل جئنا إلى تخريج هذه المسألة، فنقول: إنما فسدت المزارعة في هذه المسألة إما إذا شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفان؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن رب الأرض قال للمزارع: ازرع أرضي هذه ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وازرع أرضي الأخرى هذه ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، وهذا فاسد في الأرضين متى كان البذر مشتركاً بينهما؛ لأن الدافع جعل أجر عمل العامل في بذر مشترك منفعة الأرض، ولو جعل أجرة عمله في بذر مشترك دراهم أو دنانير لم يجز، فكذا إذا جعل أجر عمله في شيء مشترك في منفعة الأرض، وإذا لم يصح هذا في أرضين إذا كان البذر مشتركاً، فكذا في الأرض الواحدة إذا كان البذر مشتركاً بينهما، وإذا فسدت المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما النصف للدافع والنصف للعامل على ما مر أن المزارعة متى فسدت كان الخارج كملاً[1] لصاحب البذر والبذر هو كان بينهما نصفين، فيكون نصف الخارج للدافع والنصف للمزارع، ثم ما أصاب الدافع من نصف الخارج يكون طيباً له لا يلزمه التصدق بشيء منه؛ لأنه استفاده من أرضه وبذره، ولا خبث فيهما، إنما الخبث في عمل العامل، فإنه استأجره إجارة فاسدة؛ والخبث في عمل العامل لا يوجب التصدق بالخارج، ولا يغرم[2] أجر مثل العامل في عمله له؛ لأن العامل عمل في شيء هو فيه شريك؛ لأنه عمل في البذر،

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل، ف، م: "محلاً".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف، م: "ولا يغرم أجر مثل العامل في عمله له [illegible]".

والبذر كان مشتركًا بينهما.

هذا إذا كان البذر مشتركًا بينهما وقت الإلقاء، وإن لم يكن البذر مشتركًا وقت الإلقاء، وإنما تثبت الشركة بالاختلاط بعد الإلقاء، هل يجوز أو لا يجوز؟ فالمسألة على روايتين في بعض الروايات يقول: يجوز، وفي بعض الروايات: فاسدة، وسيأتي الكلام في جنس هذه المسألة بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ثم قال: إنه يغرم العامل للدافع أجر نصف أرضه؛ لأنا اعتبرنا كل نصف من الأرض بأرض على حدة، وجعلت كل نصف مشغولا ببذر أحدهما على حدة، فعلى هذا الاعتبار: وكان العامل مستأجرًا نصف الأرض بتشغله[1] بطعام نصفه، وإنه جائز إلا أن الإجارة إنما فسدت ههنا؛ لأنه أجره نصف الأرض على العامل في بذر مشترك، وعمله في بذر مشترك لا يصلح أجرًا، وأما إذا شرطا ثلثا الخارج للعامل، والثلث للدافع، فإنما فسدت المزارعة؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضي هذه ببذرك ليكون الخارج فيه لك، وازرع أرضي الأخرى هذه ببذري ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثه لك وثلثاه لي، وهذا فاسد؛ لأنه دفع إليه أرضه مزارعة ليعطي للمزارع أرضًا أخرى يزرعه لنفسه، وهذا يوجب فساد المزارعة، كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة على أن يعطيه رب الأرض ثوبًا، أو يقرضه هذا؛ لأنه جعل أجره على العمل في بذر مشترك نصف منفعة أرضه، وبعض ما يخرج من بذره من الأرض الأخرى، ولو جعل أجر عمله في بذر مشترك نصف منفعة الأرض لا غير كان فاسدًا، فإذا جعل أجر عمله في بذر مشترك بينهما نصف منفعة الأرض وبعض الخارج[2] من بذره أولى أن يفسد - لأنه ازداد الفساد.

وأما إذا شرطا ثلثا الخارج للدافع والثلث للعامل، إنما فسدت المزارعة؛ لأن تقديره كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضي هذه ببذري ليكون الخارج كله لي، وازرع هذه الأرض الأخرى ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثه لي وثلثاه لك، وهذا فاسد؛ لأن الدافع دفع نصف الأرض مزارعة بالثلث على أن يعمل المزارع له عملا في أرض أخرى، وهذا يوجب فساد المزارعة، كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة على أن يخيط المزارع

---

(١) وفي الأصل وم: تشغله بطعام نصفه بأرض على حدة، فإنه جائز.

(٢) هكذا في ط وم، وكان في الأصل وب: بذره.

له تبرعًا.

١٨٣٥٠ - هذا إذا كانت الأرض من أحدهما والبذر بينهما، وقد شرطا العمل على المدفوع إليه، فإن كانا شرطا العمل عليهما في هذه الصورة بأن دفع الرجل إلى رجل أرضًا على أن يعمل فيها رب الأرض، والمدفوع إليه ببذر مشترك بينهما، فهذه المسألة على وجوه أيضًا، فإن شرطا أن الخارج بينهما نصفان، فهذا جائز؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن صاحب الأرض قال للعامل: أنا أزرع هذه الأرض ببذري، فيكون الخارج كله لي، فازرعه أنت هذه الأرض الأخرى ببذرك ليكون الخارج كله لك، وهذا جائز في أرضين، ويكون صاحب الأرض معيرًا إحدى الأرضين من العامل، فكذلك في الأرض الواحدة يجوز، ويصير صاحب الأرض معيرًا نصف الأرض للعامل؛ لأنه لم يبتغ لنصف الأرض الذي يزرعه العامل ببذره عوضًا، ولهذا قالوا: بأنه يطيب للعامل نصف الخارج لا يتصدق بشيء من ذلك؛ لأن نصف الأرض كان عارية عنده، ولم يكن عنده بإجارة فاسدة.

فإن قيل: رب الأرض شرط على العامل بإزاء منفعة نصف الأرض الذي يزرعه العامل ببذره عوضًا، وهو أن يعمل مع رب الأرض في نصف الأرض الذي كان يزرعه رب الأرض ببذره؛ لأنهما شرطا أن يعملا جميعًا، فيكون عمل كل واحد منهما مشروطًا فيما يزرعه الآخر لنفسه ببذره.

الجواب عنه أنهما لم يشترطا في المزارعة نصًا أن يعمل كل واحد منهما مع صاحبه فيما يزرعه لنفسه ببذره، وإنما شرطا أن يعملا في بذر مشترك، فإذا عملا جميعًا ينصرف عمل كل واحد منهما إلى ملكه خاصة كعبد بين شريكين باعا العبد ينصرف بيع كل واحد منهما إلى ملكه، فكذا هذا، وإذا انصرف عمل كل واحد منهما إلى ما هو ملكه لم يصر شارطًا عمل الآخر مع نفسه فيما يزرعه ببذره، فلم يصر رب الأرض شارطًا على الذي يعمل معه أن يعمل مع رب الأرض فيما يزرع ببذره في كونه معيرًا نصف الأرض.

١٨٣٥١ - هذا إذا شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين، فأما إذا شرطا أن يكون لصاحب الأرض الثلثان، والثلث للذي يعمل معه، أو شرطا أن يكون ثلثا الخارج للعامل كانت المزارعة فاسدة في المسألتين جميعًا؛ لأنهما لو لم يشترطا في المزارعة عمل

رب الأرض كانت المزارعة فاسدة، وإذا شرط فيه عمل رب الأرض مع المزارع أولى أن تفسد المزارعة. وقد ازداد الفساد؛ لأن عمل رب الأرض مع المزارع لو لم يكن مشروطًا يوجب الفساد؛ لأنه مما يمنع التخلية بين الأرض وبين المزارع على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فلأن يكون(١) موجبًا للفساد، والعمل مشروط أولى، وإذا فسدت هذه المزارعة في المسألتين جميعًا بقي: إذا أخرجت الأرض طعامًا إن كان شرطا أن يكون الثلثان لرب الأرض والثلث للعامل، فالخارج بينهما نصفان على قدر بذريهما. فما أصاب صاحب الأرض يكون طيبًا له لا يتصدق بشيء منه؛ لأنه خرج من أرضه وبذره، ولا غرمت فيهما، والنصف الآخر للعامل إلا أن العامل يغرم أجر مثل نصف الأرض؛ لأنه شرط له بإزاء نصف منفعة الأرض عوضًا، وهو بعض الخارج من بذر العامل

١٨٣٥٢ - وإذا فسدت المزارعة غرم أجر مثل نصف الأرض، ثم يأخذ من نصف الخارج قدر بذره، وما غرم من أجر مثل نصف الأرض، ويتصدق بالزيادة؛ لأن الزيادة إنما استفادها من أرض غيره بحكم مزارعة فاسدة، وإن شرطا أن يكون الثلثان للعامل والثلث لرب الأرض، فالخارج بينهما نصفان على قدر بذريهما إلا أن العامل لا يغرم شيئًا من أجر مثل الأرض لصاحب الأرض بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى رب الأرض ابتغى بإزاء منفعة نصف الأرض عوضًا، وهو ثلث ما يخرج من بذر المزارع، فأما هنا لم يبتغ عوضًا، فإن رب الأرض لم يشرط على العامل شيئًا من الخارج من بذر العامل، بل شرط له بعض الخارج من بذره. وإذا لم يبتغ عوضًا بإزاء ما يزرعه العامل بنفسه كان الأرض عارية عنده، فلم يغرم شيئًا من أجر مثل الأرض لصاحبه، ولهذا يطيب نصف الخارج للعامل؛ لأنه استفاده من أرض غيره بحكم الإعارة لا بحكم إجارة فاسدة بخلاف المسألة الأولى، فإنه استفاد الخارج بحكم إجارة فاسدة.

فإن قيل: هلا جعل كأن صاحب الأرض أقرضه ثلث بذره، حتى يكون ثلث الخارج للمزارع.

قلت: القرض لا يصح من غير قبض؛ لأن البذر في أيديهما من غير شرط أن يعملا

(١) هكذا في ط، وكذا في ص، وفي م: فلا يكون.

من البذر ، وإذا لم يمكن إثبات القرض بقي نصف البذر على ملك الدافع .

١٨٣٥٣ - هذا الذي ذكرنا إذا كان الأرض من أحدهما ، فأما إذا كانت الأرض بين رجلين دفعها أحدهما إلى صاحبه على أن يزرعها ، فيكون الخارج بينهما ، فهذه المسألة على وجهين : إما أن يكون البذر من جهة المزارع أو من جهة الدافع ، فإن كان من جهة المزارع وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين ، فهذه المزارعة فاسدة ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الكتاب .

قال مشايخنا رحمهم الله : أراد بقوله : المزارعة فاسدة ، المزارعة في نصيب الدافع ؛ لأنه لا مزارعة في نصيب المزارع ، بل في نصيبه مشورة ، وهو بالخيار ، إن شاء زرع ، وإن شاء لم يزرع .

وإنما فسدت المزارعة في نصيب الدافع ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرك ، فيكون الخارج كله لك ، وهذا فاسد في أرضين على ما نبين بعد هذا - إن شاء الله تعالى - فكذا في الأرض المشتركة .

وإذا فسدت المزارعة ، إن أخرجت الأرض كثيرًا كان كله لصاحب البذر ، وهو المزارع ، ويأخذ المزارع نصف ذلك ، فيطيب له ؛ لأنه خرج من أرضه وبذره ، ولا خبث في ذلك ، والنصف الآخر خرج من نصيب الدافع ، يرفع العامل من ذلك مقدار بذره ، وما غرم من أجر نصف الأرض لصاحبه ، وما غرم للأجر ، ويتصدق بالزيادة ؛ لأن العقد لكن في إجارة الأرض في نصيب الدافع قد فسد ، والخارج الحاصل من الأرض بحكم إجارة فاسدة سبيله التصدق به ، وإن لم تخرج الأرض شيئًا غرم المزارع للدافع أجر مثل نصف الأرض ، وهو نصيب الدافع من الأرض ؛ لأن المزارعة قد فسدت ، وقد استوفى منفعة نصيبه بحكم مزارعة فاسدة ، وكان عليه أجر مثل نصيب الدافع من الأرض .

١٨٣٥٤ - هذا الذي ذكرنا إذا كان البذر من جهة المزارع ، أما إذا كان من جهة الدافع ، وشرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين ، فالمزارعة فاسدة أيضًا ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال : ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي ، وازرع أرضك

ببذري ليكون الخارج كله لك، وهذا لا يجوز في الوجهين إذا كان أحدهما مشروطاً في الآخر(1)؛ لأن الدافع جعل أجره عمل المزارع في أرضه للدافع أن يقرضه بذراً يزرع به أرضه بنفسه، فإن من قال لآخر: ازرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك، كان جميع الخارج للمزارع، وصار الدافع مقرضاً(2) للبذر من المزارع.

وقوله: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي يكون استعانة بالعامل، وإذا شرط أحدهما في الآخر، فقد جعل أجره عمل المضارب في أرض صاحب البذر؛ لأنه متى صار أجيراً بعمل، صار القرض مضموناً بذلك بزيادة، وهو عمل المزارع في أرض صاحب البذر، وهذا لا يجوز، وصاحب البذر استأجر العامل كما لا يستطيع أجيراً. فسدت الإجارة، فإن كان هذا لا يجوز في الوجهين متى كان أحدهما مشروطاً في الآخر لم يجز في الأرض المشتركة؛ لأنا نعتبر كل نصف من الأرض المشتركة كأرض على حدة، وقد شرط أحدهما في الآخر.

فإن قيل: هلا جعل نصف البذر بعينه على الفساد أجرة حتى لا يحمل على الفساد.

والجواب عنه قلنا: هذا هكذا إذا أمكن حمله على الصحة غير ممكن لوجهين: أحدهما: وهو أن هذا حالة الانفراد من الدافع يكون إقراضاً للبذر من المزارع، فإن من قال لآخر: ازرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك يكون مقرضاً للبذر من المزارع، وإن كان هنا قرضاً للبذر من الدافع للمزارع حالة الانفراد فيحمل الإقراض كالمنصوص عليه، ولو نص على القرض، بأن قال: ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي على أن أقرضك كر حنطة تزرع بها أرضك لا يمكن أن يجعل شيئاً من الكر أجراً؛ لأنه جعل الأجر بإزاء الكر، لا شيئاً من الكر بعينه، وكذلك هنا.

والثاني: أنا متى جعلنا نصف الكر بعينه أجرة على المزارع في نصيب الدافع لا تصح الإجارة؛ لأنه يصير الأجر مشتركاً بينهما، ويصير الدافع مستأجراً للعامل ليعمل في بذر مشترك، والإجارة على عمل الأجير في شركة لا يجوز، وكان كمن استأجر

(1) وكذا في الأصل: الأجر.

(2) وفي ق: مقرضة.

لأن الزيادة استفادها من أرض غيره بحكم مزارعة فاسدة .

وإن شرطا الثلثين للمزارع لم يذكر هذا الفصل في الكتاب قال . ويجب أن تكون المزارعة فاسدة ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضي ببذري على أن الخارج بيننا أثلاثًا ثلثاه لي ، وثلثه لك على أن تزرع أرضك ببذري لتكون الخارج كله لك ، و الدافع جعل أجر عمل المزارع في أرضه بعض الخارج من أرضه ، وهذا فاسد .

١٨٣٥٦ - هذا الذي ذكرنا إذا كان الأرض بينهما والبذر لأحدهما ، فأما إذا كان البذر منهما ، فهو على وجوه : الأول : إذا شرطا أن يكون البذر بينهما نصفان ، وفي هذا الوجه إن شرطا الخارج بينهما نصفان ، فهو جائز ، و الخارج بينهما على ما شرطا ؛ لأن تقدير هذا العقد كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي ، وازرع أرضك ببذرك على أن يكون الخارج كله لك ، وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد ؛ لأن أحدهما استعانة والآخر مشورة ، وإن شرطا أن يكون ثلثا الخارج للمزارع وثلثه للدافع ، ذكر في رواية أبي سليمان ، وفي بعض روايات أبي حفص : أنها فاسدة .

وذكر في بعض روايات أبي حفص : أنها جائزة .

وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول : ليس في المسألة اختلاف الروايتين ، ولكن اختلف الجواب لاختلاف الموضوع .

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول : في المسألة روايتان ، وهو الصحيح ، ولا خلاف أن البذر إن كان مختلطًا وقت الإلقاء أن المزارعة فاسدة ، وإنما فسدت المزارعة إذا كان البذر مختلطًا وقت الإلقاء ؛ لأن الدافع يصير شارطًا للعامل بعض الخارج من بذره أجرة عمله في بذر مشترك ، والمزارعة على هذا الوجه فاسدة ؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء ، والإجارة على ما هو فيه شريك لا يصح ، وإذا عمل الأجير لا يستوجب شيئًا . وأما إذا لم يكن البذر مختلطًا قبل الإلقاء فوجه رواية الجواز ظاهر أن البذر إذا لم يكن مشتركًا وقت الإلقاء ، ولا يكون هذا إجارة على عمل في محل مشترك ، بل يكون إجارة على عمل يصير الحاصل مشتركًا على تقدير الحدوث ، وإنه لا يمنع جواز العقد ؛ لأن الخارج في المزارعات كلها يحدث مشتركًا ، ولا يمنع ذلك جواز المزارعة ، وهذه الرواية

أصح عندي .

١٨٣٥٧ - وإذا جازت المزارعة على هذه الرواية كان الخارج بينهما على ما شرطا ، وإن شرطا أن يكون ثلثا الخارج للدافع والثلث للمزارع ، فالمزارعة فاسدة على الروايات كلها ؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للمزارع : ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي ، وأزرع أرضك ببذرك على أن يكون الخارج بيننا أثلاثاً ، وهذا فاسد ؛ لأنه استعانة بالعامل في نصف الأرض ، وشرط على العامل بعض الخارج من أرضه وبذره ، فهو نظير من دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه له بغير شيء على أن يعطي الخياط درهماً لصاحب الثوب .

١٨٣٥٨ - هذا إذا شرطا أن يكون البذر بينهما نصفان ، ولو شرطا أن ثلثي البذر على الدافع ، وثلثه على المزارع إن شرطا أن يكون الخارج بينهما ، فالمزارعة فاسدة ، ويكون الخارج بينهما على قدر بذرهما .

وكذلك إذا شرطا أن يكون شرطاً في هذا الوجه أن يكون الخارج بينهما على قدر بذريهما الثلثان للدافع والثلث للمزارع كانت المزارعة فاسدة أيضاً ، وكذلك إذا شرطا أن يكون ثلث البذر للدافع والثلثان للعامل كانت المزارعة فاسدة أيضاً .

الفصل الثالث

في الشروط في المزارعة

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منها: في شرط الخارج كله لأحدهما.

١٨٣٥٩ - وإنه على وجهين: إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض، فصورته رجل دفع إلى رجل أرضاً وبذراً على أن يزرعه بنفسه وأجرائه وبقره، فإن شرطا أن يكون الخارج كله لرب البذر، فهو جائز، هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل"، ولم يرد بقوله، فهو جائز أن المزارعة جائزة؛ لأن هذا العقد ليس بمزارعة؛ لأن في المزارعة الخارج يكون مشتركاً، والخارج في هذه الصورة ليس بمشترك، وإنما أراد به أن اشتراط جميع الخارج لصاحب البذر جائز، وهذا لأنه ليس تحت هذا الشرط إلا الاستعانة بالعامل ليزرع أرضه؛ لأن هذا شرط العمل من غير عوض، وهذا تفسير الاستعانة، والاستعانة جائزة.

وإن شرطا أن يكون الخارج كله للمزارع، فهذا جائز، وأراد به أن اشتراط جميع الخارج للمزارع جائز إذ ليس تحت هذا الشرط إلا إعارة الأرض من المزارع وإقراض البذر منه، وكل ذلك جائز حالة الانفراد، فكذا حالة الاجتماع، وهو نظير ما لو دفع إلى رجل حانوتاً وألف درهم، وقال له: اعمل بها في حانوتي على أن يكون الربح كله لك، فهذا الشرط كله جائز، ويصير صاحب الحانوت معير الحانوت مقرض الدراهم، كذا ههنا.

وإن كان البذر من جهة المزارع، وهو الوجه الثاني، فهذا على وجوه: أحدها: أن يقول صاحب الأرض لرجل: ازرع أرضي بكر من طعامك على أن يكون الخارج كله لي، وهذا فاسد؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجراً للأرض بكل الخارج في هذه الصورة، والشرع إنما جوّز استئجار الأرض ببعض الخارج بخلاف القياس، فبقي جواز الاستئجار بكل الخارج على أصل القياس.

ذكرنا، ولو قال رب الأرض للمزارع: ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لي، فهذا الشرط جائز. ويصير العامل مقرضاً للبذر من رب الأرض ويكون الخارج كله لرب الأرض ويكون المزارع معيناً له في العمل، وهذا لأن رب الأرض أمره بالزراعة له حيث قال لي: وإنما يصير زارعاً له إذا صار البذر ملكاً له قبل ذلك، فتضمن الأمر بالزراعة له استقراض البذر، وحين أجابه المزارع(1)، فقد أقرضه، وصار رب الأرض قابضاً لذلك حكماً لاتصاله بملكه، وعمل الحر يحصل للآمر عند جعل العامل، وقد وُجد الجمع مقتضى الأقسام على الزراعة بناء على طلب رب الأرض الزراعة له.

١٨٣٦٠ - ولو قال له رب الأرض: ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا فاسد. والخارج كله لرب الأرض وللمزارع على رب الأرض مثل بذره وأجر مثل عمله؛ لأن صاحب الأرض لما قال له أولاً: ازرع أرضي لي ببذرك، فقد صار مستقرضاً للبذر منه وصار قابضاً له حكماً لاتصاله بملكه، فلما قال بعد ذلك: على أن يكون الخارج كله لك، فقد جعل جميع الخارج للمزارع، وتعذر جعله له بحكم القرض ثانياً؛ لأن القرض لا يصح إلا بالقبض، ولا يوجد من الزارع بعد إلقاء البذر في الأرض القبض، فكان جميع الخارج مشروطاً بحكم الإجارة، فقد استأجره للعمل بجميع الخارج، وإنه إجارة فاسدة، فيجب للعامل أجر مثل عمله وبذر مثل بذره بحكم القرض.

١٨٣٦١ - ولو قال رب الأرض: ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا جائز، ويكون الخارج لصاحب البذر(2) ويكون صاحب الأرض معيراً له أرضه.

ولو قال له صاحب الأرض: ازرعها لي ببذرك على أن يكون الخارج كله بيننا نصفان، كانت المزارعة جائزة، وكان الخارج بينهما نصفان، فكان المزارع مقرضاً للبذر من رب الأرض مقتضى أمر رب الأرض إياه بالزراعة له بقوله: ازرعها، وصار رب الأرض قابضاً لذلك حكماً لاتصاله بملكه، ثم صار رب الأرض دافعاً إليه الأرض

(1) وفي الأصل: أجابه إجابة المزارع.

(2) وفي الأصل: ويكون الخارج كله لصاحب البذر.

مزارعة بعد إلقاء الحب في الأرض بالنصف، عرف ذلك بقوله: على أن الخارج بيننا نصفان، ودفع المزارعة بعد إلقاء البذر فيها وبعد النبات حتى يربيه العامل ويسقيه جائز

واستشهد بهذه المسألة، فقال: ألا ترى أن رب الأرض إذا قال للمزارع: أقرضني مائة درهم، ثم اشتر لي بها كر حنطة وابذرها[1] لي في أرضي على أن يكون الخارج بيننا نصفان، أليس أنه يجوز، فكذا ههنا

وإذا دفع بذراً إلى آخر، وقال: ازرعها في أرضك على أن ما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بيننا، فالمزارعة فاسدة والزرع لصاحب البذر هكذا ذكر في مزارعة الأصل.

وذكر في أول كتاب المأذون: أن الزرع للمزارع وهو صاحب الأرض.

قال شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة: لا فرق بين المسألتين، ولكن تأويل ما ذكرنا في كتاب المأذون أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك ليكون الخارج بيننا نصفان، وفي هذه الصورة الزرع يكون لصاحب الأرض وهو المزارع؛ لأن المزارع صار مستقرضاً للبذر من رب البذر، عُرف ذلك بقوله: ازرعها لنفسك، فإذا فسدت المزارعة بقي الزرع لصاحب الأرض، وقد ذكر هشام مسألة المأذون في نوادره مفسرة على نحو ما قلنا، وفي كتاب المزارعة لم يذكر أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك، إنما ذكر أن صاحب البذر قال له: ازرعها ليكون الخارج بيننا، وفي هذه الصورة لا يصير المزارع مستقرضاً البذر بقي البذر على ملك صاحبه، فيكون الزرع لصاحب البذر عند فساد المزارعة من هذا الوجه حتى لو قال صاحب البذر لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك على أن الخارج بيننا نصفان، وباقي المسألة بحالها كان الخارج لصاحب الأرض كما في مسألة المأذون.

٨٣٦٢ - وإذا دفع الرجل بذراً إلى رجل، وقال: ازرعه في أرضك ليكون الخارج كله لك، أو قال: ازرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك، فهذا جائز ويصير صاحب البذر مقرضاً للبذر من صاحب الأرض ليزرعه في أرضه، وقد قبضه رب الأرض ببذره حقيقة، وإن كان صاحب البذر قال له: ازرع لي أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك، فهذا فاسد، والخارج كله لصاحب البذر؛ لأن صاحب البذر لما قال له:

(١) وفي ظ: وابذرها.

وزرعها لي ، فقد بقي البذر على ملكه ، فالزارع ألقى بذر رب البذر[1] في أرضه بأمر رب البذر ، فيكون كإلقاء البذر بنفسه .

ولو ألقى رب البذر بذره في أرض الغير ، ثم أعطاه مزارعة من رب الأرض ليكون الخارج كله لرب الأرض لا يجوز .

وإذا دفع بذراً إلى رجل ليزرعه في أرضه على أن الخارج كله لصاحب البذر ، فهذا الشرط جائز ، ويصير صاحب البذر مستعيراً للأرض من رب الأرض ، ومستعيناً به ليزرع له بذره ، فلذلك جاز .

ولو كان قال : ابذر هذا في أرضك لنفسك على أن ما أخرج الله تعالى من شيء ، فهو لي كله ، فالخارج كله لصاحب الأرض ، ولصاحب البذر على صاحب الأرض مثل بذره ؛ لأن صاحب البذر لما قال له : ابذره لنفسك ، فقد أقرض البذر منه ، وصار رب الأرض قابضاً (له) ، وإذا قال بعد ذلك : على أن الخارج كله لي ، فقد استقرض منه ما وقع في الأرض ، واستقراض ما يقع في الأرض لا يصح .

وإذا قال الرجل لغيره : ازرع أرضك ببذرك على أن الخارج كله لي ذكر في كتاب المزارعة أن هذا استقراض .

وذكر شيخ الإسلام في بيوع الجامع في باب بيع أحد العبدين أن هذا مزارعة فاسدة .

نوع آخر

في اشتراط عمل غير المزارع مع المزارع

١٨٣٦٣ - وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره وبقره ويعمل فيها معه هذا الرجل الآخر ، فما أخرج الله تعالى من شيء ، فالثلث من ذلك لصاحب الأرض ، والثلث لصاحب البذر ، والسدس والثلث لصاحب العمل الذي لا بذر من

---

[1] هكذا في ظ ، وفي غيرها : فالزارع ألقى بذر رب الأرض في أرضه بأمر رب الأرض فيكون كإلقاء بذره بنفسه .

جهته، فهذه المزارعة فاسدة، وأراد به الفساد في حق المزارع الثاني، أما في حق المزارع الأول فالمزارعة صحيحة

أما صحة المزارعة في حق المزارع الأول فظاهر.

وأما فساده في حق المزارع الثاني؛ لأن المزارع الأول صار مستأجراً للأرض لما كان البذر من جهته، وصار مالكاً منفعة الأرض بحكم الإجارة، فيعتبر بما لو كان مالكاً يملك الرقبة، ومالك الرقبة إذا دفع الأرض إلى غيره مزارعة على أن يعمل معه المالك لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض وبين المزارع، فكذا هذا.

ثم فساد المزارعة في حق الثاني لا يوجب فساد المزارعة في حق الأول؛ لأن المزارعة الثانية غير مشروطة في المزارعة الأولى حتى لو كانت المزارعة الثانية مشروطة في الأولى بأن قال: على أن يعمل هذا الرجل الآخر معه كانت المزارعة الأولى فاسدة عند بعض المشايخ.

وقال بعض المشايخ: لا تفسد المزارعة الأولى وإن كانت الثانية مشروطة في الأولى؛ لأنها غير مشروطة لرب الأرض، بل هي مشروطة للثالث، فهي صفقة شرطت فيها صفقة للأجنبي لا لأحد المتعاقدين، ومثل هذا لا يوجب فساد العقد.

وفي المنتقى أن اشتراط الصفقة للأجنبي يوجب الفساد أيضاً كما إذا قال لغيره: بعت منك هذا العبد بكذا على أن تبيع دارك منه من فلان، أو على أن تقرض فلاناً الأجنبي كذا.

١٨٣٦٤- فرق بين هذه المسألة وبين المسألة المذكورة في باب المعاملة، وصورتها رجل دفع نخيله إلى رجل معاملة بالنصف على أن يعمل فلان معه على أن يعطي العامل فلاناً مائة درهم، ذكر أن المعاملة فاسدة في حق العامل الأول، وههنا قال: لا تفسد المزارعة في حق الأول، أما على قول من قال من مشايخنا: المزارعة في حق الأول إنما لم يفسدها؛ لأن عمل الثاني معطوف على الأول غير مشروط فيه، فالفرق بين هذه المسألة ومسألة المعاملة ظاهر؛ لأن في مسألة المعاملة عمل الثاني مشروط في المعاملة الأولى، ولو كان المزارعة الثانية مشروطة في المزارعة الأولى وجب الفساد أيضاً، وفي مسألة المعاملة لو كان عمل الثاني معطوفاً، بأن قال: ويعمل معه فلان على أن له على

العامل أجر مائة درهم كانت المعاملة جائزة أيضًا، وأما على قول من قال من مشايخنا ههنا: بأن المزارعة في حق الأول لا تفسد وإن كانت المزارعة الثانية مشروطة في الأول، فوجه الفرق أن في مسألة المعاملة العقد الثاني وإن كان مشروطًا للثالث لا لصاحب النخيل من حيث الحقيقة إلا أنه باعتبار المعنى مشروط لصاحب النخيل؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى صاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل مستأجر للعامل، فيكون أجر العامل الثاني عليه لا على العامل الأول، فإن اشتراط على العامل الأول كانت منفعة هذا الشرط عائدة إلى صاحب النخيل، صار هذا الشرط باعتبار المعنى مشروطًا لصاحب النخيل لا للثالث، وكانت هذه صفقة شرطت في صفقة لأحد المتعاقدين فيه منفعة، فأما في مسألة المزارعة فالعقد الثاني مشروط للمزارع الثاني لا لرب الأرض؛ لأن منفعة ذلك غير عائدة إلى رب الأرض، وليس بمستأجر متى كان البذر من جهة المزارع، بل المستأجر هو المزارع الأول، فيكون أجر الثاني على المزارع الأول لا على رب الأرض، فلم يصر العقد الثاني مشروطًا لرب الأرض، بل كان مشروطًا للثاني، وهذا لا يوجب الفساد كما لو باع منه دارًا على أن يبيع غلامه من أجنبي.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض، والمسألة بحالها كانت هذه مزارعة جائزة؛ لأن البذر إذا كان من جهة صاحب الأرض، صار مستأجرًا للعاملين ببعض الخارج، واستئجار العاملين ببعض الخارج جائز.

نوع آخر

في اشتراط بعض الخارج لغير المتعاقدين:

١٨٣٦٥ - إذا شرط في المزارعة بعض الخارج لعبد أحدهما، فهذا على وجهين: الأول: أن البذر من صاحب الأرض، وقد شرط ثلث الخارج لرب الأرض والثلث للمزارع والثلث لعبد رب الأرض، فالمزارعة جائزة، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وسواء شرط عمل العبد مع المزارع أو لم يشترط.

أما إذا لم يكن على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع المزارع، فلأن المشروط لعبد رب الأرض، ولا دين عليه، ولم يشترط عمله مشروط للمولى، وهذا لأنه إن

تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد بحكم المزارعة؛ لأنه لم يشترط عمله في المزارعة أمكن تصحيحه للمولى؛ لأن كسب العبد، ولا دين عليه مملوك للمولى، فجعلنا هذا الشرط للمولى حتى لا يلغو الشرط، وكأنهما شرطا للمولى ثلث الخارج، وللمزارع ثلث الخارج.

وأما إذا شرط عمل العبد ولا دين عليه؛ لأنه إذا تعذر تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة للعبد مع أنه شرط عمله؛ لأن المولى يصير مستأجراً عبده، واستئجار المولى عبده، ولا دين عليه لا يصح، أمكن تصحيحه بجعله مشروطاً للمولى، وصار كأنهما شرطا للمولى ثلثا الخارج والثلث للمزارع.

وأما إذا كان على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع المزارع فلأن المشروط للعبد عند من يجوز المزارعة كالمشروط للمولى، وإن كان على العبد دين؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه عند من يجوّز المزارعة، فصار كالمشروط للعبد مشروطاً للمولى من هذا الوجه.

أما إذا كان على العبد دين، وقد شرط عمل العبد فلأن المشروط للعبد وعليه دين مستغرق مشروط للعبد، وأمكن تصحيحه بجعل المشروط مشروطاً للعبد؛ لأن استئجار المولى عبده المديون صحيح.

١٨٣٦٦ - هذا الذي ذكرنا إذا كان البذر من قبل رب الأرض وشرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فإن شرط ثلث الخارج لعبد المزارع فالمزارعة جائزة أيضاً سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وسواء شرط عمل العبد مع المزارع أو لم يشترط.

أما إذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فلأن المشروط لعبد المزارع، والحالة هذه كالمشروط للمزارع، فكأنهما شرطا في الابتداء ثلثي الخارج للمزارع.

وأما إذا شرطا عمله فلأن المشروط للعبد، إذا شرط عمله مشروط للعبد، وأمكن تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة؛ لأن رب الأرض يصير مستأجر المزارع وعبده بثلثي الخارج، وإذا صح هذا الشرط للعبد، صار المشروط كسب العبد، فإذا لحق العبد دين، والمولى لم يأخذ ذلك منه بعد، يقضى منه دين العبد.

وأما إذا كان على العبد دين، ولم يشترط عمل العبد مع ذلك فلأن المشروط للعبد

إذا لم يشترط عمله مشروطاً لمولاه على قول من يجوز المزارعة، وإن شرط عمل العبد مع ذلك، فالمشروط للعبد يكون مشروطاً للعبد حتى يقضي منه ديونه.

هذا الذي ذكرنا إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن شرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فالمزارعة جائزة إذا لم يكن على العبد دين، ولم يشترط عمله، ويعتبر المشروط للعبد مشروطاً للمولى من الابتداء، وإن شرط عمل العبد ولا دين عليه، فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا شرط عمله كان المشروط له حتى يقضي ديونه منه إن لحقه دين، ويكون ذلك في يده، وعند ذلك يصير المزارع مستأجراً للأرض ببعض الخارج، وإنه جائز، وعبد رب الأرض ببعض الخارج، وإنه لا يجوز، ففسدت المزارعة من وجه، فحكمت بفسادها.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز.

وجه هذه الرواية أنه ليس تحت هذه المزارعة إلا استئجار الأرض واستئجار العامل، وهو عبد رب الأرض ببعض الخارج، وكل ذلك جائز حالة الانفراد.

وجه هذه الرواية: أن القياس يأبى جواز استئجار العامل ببعض الخارج، وإنما ورد الشرع به إذا كان الاستئجار من رب الأرض، وههنا المستأجر للعامل ليس صاحب الأرض، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، وإن كان على العبد دين إن لم يشترط عمل العبد، فالمزارعة جائزة، ويكون المشروط للعبد مشروطاً لمولاه كأنهما شرطا من الابتداء ثلثا الخارج لرب الأرض وثلثه للمزارع، فإن شرطا عمل العبد مع ذلك، فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية؛ لأن المزارع يصير مستأجر الأرض، والعبد ببعض الخارج.

١٨٣٦٧ - وإن شرط ثلث الخارج لعبد المزارع في هذه الصورة إن لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فهو جائز، ويكون ثلثا الخارج للمزارع والثلث لرب الأرض، وإن شرط عمل العبد مع ذلك إن شرط عمل العبد في العقد فالمزارعة فاسدة في حقهما جميعاً، وإن لم يشرط عمل العبد في العقد بل عطف عليه، فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفي حق العبد فاسدة.

وإن كان على العبد دين إن لم يشترط عمل العبد: فالمزارعة جائزة، ويكون المشروط للعبد مشروطاً للمزارع، وإن شرط عمله فالجواب فيه كالجواب فيما إذا لم

يكن على العبد دين، وقد شرط عمله

١٨٣٦٨ - ولو شرط بعض الخارج لبقر أحدهما، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لعبد أحدهما، ولا دين عليه إذ لا يتصور وجوب الدين على البقر، وفي العبد إذا لم يكن عليه دين إن لم يشترط عمله يعتبر المشروط للعبد مشروطًا للمولى، فكذا في البقر إذا لم يشترط عمله يعتبر المشروط للبقر مشروطًا للمولى، وإن شرط عمله، فكذلك يعتبر المشروط للبقر مشروطًا للمولى بخلاف العبد، ألا ترى أن من أوصى لشاة فلان أن تعلف شهرًا يصح، ويعتبر ذلك وصية لصاحبها، فهذا مثله.

١٨٣٦٩ - وإن شرطا ثلث الخارج للمساكين جازت المزارعة، فكان ما شرط للمساكين مشروطًا لصاحب البذر؛ لأنه لو شرط ثلث الخارج لرجل معلوم ولم يشترط عمله في المزارعة لم يصح؛ لأن الخارج إنما يستحق إما بالبذر أو بالعمل أو بالأرض، فإذا شرط للمجهول وليس له عمل وأرض وبذر أولى أن لا يصح، وإذا لم يصح ما شرطا للمساكين صار كالمسكوت عنه، فيكون لصاحب البذر إلا أنه يجب على صاحب الأرض فيما بينه وبين ربه أن يتصدق بذلك؛ لأنه تصديق بثلث الخارج الذي يتصرف من بذره على المساكين، وكان هذا نذرًا منه، ومن نذر أن يتصدق بشيء من ماله، فإنه يلزم الوفاء به فيما بينه وبين ربه لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾[1] إلا أن القاضي لا يجبره على ذلك؛ لأنه لا مدخل للقضاء في النذر، ولا يوجب فساد المزارعة، وإن شرط فيها ما لا تقتضيه المزارعة، وللمشروط له منفعة لوجهين. أحدهما أن مثل هذا الشرط إنما يوجب فساد العقد إذا كان مشروطًا للعاقد، فأما إذا كان مشروطًا للأجنبي فإنه لا يوجب فساد العقد.

والثاني: أن ما شرط لم يصر حقًا للمشروط له، ألا ترى أنه لم يثبت للمساكين حق المطالبة والخصومة في ذلك، والشرط إذا لم يصر حقًا للمشروط له، فإنه لا يوجب فساد العقد، وإن كان ذلك شرطًا لا يقتضيه العقد وفي شرط المعقود عليه، فإذا[2] شرط للأجنبي أولى.

---

(١) سورة النحل: الآية ٩١

(٢) وفي الأصل: فأما إذا شرط.

وبيان ذلك ما قالوا: فيمن اشترى حمارًا أو رمكة على أن لا يبيعه، فالبيع لا يفسد بهذا الشرط؛ لأن الشرط لم يصر حقًا للمشروط له؛ لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق، وبمثله لو اشترى عبدًا على أن لا يبيعه المشتري، أو أمة على أن يتخذها أم ولد كان البيع باطلا؛ لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه البيع، وقد صار الشرط حقًا للمشروط له، وإنه من أهل الاستحقاق، فأوجب الفساد، فكذا هذا.

والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لعبد أحدهما، فهو الجواب فيما إذا شرط بعض الخارج لمدبر أحدهما، وسائر ما يملك المولى كسبه، وإن شرط بعض الخارج لمكاتب أحدهما وسائر من لا يملك كسبه.

وإن شرط بعض الخارج لمن تقبل شهادته له كابن أحدهما أو أخت أحدهما، أو لا تقبل شهادته له كابن أحدهما، أو لأجنبي فهو على وجهين: أحدهما: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه المزارعة جائزة، شرط عمله أو لم يشترط عمله، أما إذا شرط عمله؛ فلأن رب الأرض صار دافعًا أرضه وبذره إلى رجلين ليزرعاه، وهذا جائز؛ لأنهما شريكان في العمل وفي الخارج، وهو البذر من رب المال، وهذا جائز كما في المضاربة إذا دفع ماله مضاربة إلى اثنين، وكان الخارج بينهم على ما شرطوا. وأما إذا لم يشترطوا عمله فكذلك الجواب، ويكون ما شرط لهؤلاء لرب الأرض؛ لأنه تعذر اعتبار هذا الشرط في حق هؤلاء بحكم المزارعة؛ لأنه ليس له عمل ولا بذر ولا أرض، والخارج بحكم المزارعة إنما يستحق بأحد هذه الأسباب، ولا يمكن تصحيح الكلام المشروط لهؤلاء هبة؛ لأنها هبة ما لم تتصل(1).

١٨٣٧٠ - وإذا تعذر تصحيح المشروط لهؤلاء جعل المشروط لهؤلاء كالمسكوت عنه، ولو وقع السكوت عنه من بعض الخارج ملحق بصاحب البذر؛ لأن الخارج متولد عن ملكه، فيكون له ما لم يشترط لغيره.

الوجه الثاني: إذا كان البذر من جهة المزارع، وقد شرط بعض الخارج لمن لا يملك المزارع كسبه إن لم يشترط عمله، فالمزارعة جائزة، ويكون المشروط لهؤلاء من الخارج للمزارع، وإن شرط عمله، فالمزارعة بين صاحب الأرض وبين المزارع جائزة، وفاسدة

---

(1) وفي ظ: يخلق

فيما بين المزارع والمشروط له حتى إذا عمل المشروط له مع المزارع كان له على المزارع أجر مثل عمله.

١٨٣٧١ - وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل على أن يزرعها سنة ببذره وبقر فلان على أن لرب الأرض ثلث الخارج وللمزارع ثلث الخارج ولصاحب البقر ثلث الخارج فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفي حق صاحب البقر فاسدة؛ لأن صاحب البقر دفع البقر مفرداً مزارعة، ودفع البقر مفرداً مزارعة لا يجوز، وفيه حديث مجاهد.

فإن قيل: ينبغي أن تفسد المزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع؛ لأن هذه مزارعة فاسدة، فتكون صفقة مشروطة في صفقة.

قلنا: اشتراط الصفقة في صفقة إنما يوجب الفساد إذا كانت مشروطة لأحد العاقدين، والصفقة الأخرى ههنا شرط للأجنبي لا لأحد العاقدين، ولصاحب البقر أجر مثل البقر على المزارع؛ لأن المزارع صار مستأجراً لبقره، إذ البقر كان من جهته، وإن كان البقر من جهة رب الأرض فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، وفاسدة في حق صاحب البقر، وعلى رب الأرض أجر مثل البقر؛ لأنه صار مستأجراً للبقر إذ البقر كان من جهته.

نوع آخر

في اشتراط أحدهما لصاحبه شيئاً من الخارج بعينه

١٨٣٧٢ - إذا شرط في المزارعة ما يقطع الشركة في الخارج صحى تفسد المزارعة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، فإذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة[1]، والإجارة المحضة ببدل معدوم لا تجوز، وعن هذا قلنا: إنهما إذا شرطا أن صاحب البذر يرفع من الخارج قدر بذره، ويكون الباقي بينهما، كانت المزارعة فاسدة؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا قدر البذر، فهذا شرط يقطع الشركة في

(١) وفي م: "مخلصة".

جائز.

١٨٣٧٥ - ولو كان الأرض خراجياً، فقال صاحب الأرض للمزارع: إنا لا ندري أن السلطان يأخذ منا هذه السنة خراج الوظيفة أو خراج المقاسمة، ومعنى هذا أن الأراضي تكون خراجية خراج وظيفة إلا أنها في بعض السنين لا تطيق خراج الوظيفة، وعند ذلك يجوز[1] للسلطان أن يأخذ خراج المقاسمة، وذلك إلى نصف الخارج، فالمالك يقول: لا ندري أن الأراضي في هذه السنة، هل تطيق خراج الوظيفة، فيأخذ السلطان ذلك، أو لا تطيق، فيأخذ السلطان خراج المقاسمة. فيقول للمزارع: عاملتك على أن يرفع[2] مما يخرج الأرض حظ السلطان مقاسمة كانت أو وظيفة، والباقي بيننا، فهذه المزارعة فاسدة؛ لأن خراج الوظيفة على رب الأرض بلا خلاف، فالمشروط من ذلك للسلطان مشروط لرب الأرض، وخراج المقاسمة على رب الأراضي والمزارع، فالمشروط من ذلك للسلطان مشروط لهما، فصار تقدير هذه المزارعة كأن صاحب الأرض، قال للمزارع: دفعت إليك هذه الأرض مزارعة على أن لي من الخارج بقدر خراج الوظيفة، كذا قفيزاً، والباقي بيننا نصفان، أو على أن الخارج بيننا نصفان، ولو صرح بهذا ليس[3] أنه لا يجوز المزارعة بخلاف مسألة العشر التي تقدم ذكرها؛ لأن العشر عليهما عندهما، فيصير تقدير ذلك المزارعة كأن صاحب الأرض قال: دفعت إليك الأرض مزارعة على أن الخارج بيننا، ولو صرح بذلك كانت المزارعة جائزة. أما هنا بخلافه.

نوع آخر

في اشتراط الأعمال على أحدهما:

١٨٣٧٦ - الأصل في هذا النوع: أنه إذا شرط في المزارعة على المزارع أو على رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة تفسد به المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما لا تقتضيه

---

(١) وكان في الأصل وف وم: "لا يجوز".

(٢) وفي الأصل: "على أن ترفع".

(٣) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "ليس أنه لا يجوز".

المزارعة ، وفيه منفعة لأحدهما ، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المزارعة ؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ، والإجارة تفسد بمثل هذا الشرط ، فكذا المزارعة.

١٨٣٧٧ - وإذا شرط فيها ما كان من أعمال المزارعة لا تفسد المزارعة ؛ لأنه شرط فيه ما تقتضيه المزارعة ، وشرط ما يقتضيه العقد في العقد يوجب تأكيد العقد لا فساده.

والفاصل بين عمل المزارعة وغير عمل المزارعة أن كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من عمل المزارعة ، وكل عمل لا ينبت ، ولا ينمي ، ولا يزيد في الخارج فهو ليس من أعمال المزارعة.

١٨٣٧٨ - إذا شرط على المزارع أو على رب الأرض الحصاد والدياس والتذرية ، ورفعه إلى البيدر(١) فسدت المزارعة ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله : أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية على المزارع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي : كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ، وكانوا يزيدون على هذا ، ويقولون : بجواز شرط التنقية(٢) والحمل إلى منزل رب الأرض ؛ لأن المزارعة بهذه الشرائط متعامل فيما بين الناس.

وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله : التعامل الظاهر في اشتراط هذه الأشياء على المزارع.

وجه الاستحسان : أن هذه الأشياء ليست من أعمال المزارعة ؛ لأنها لا تنبت ، ولا تنمي ، ولا تزيد في الخارج ، فاشتراطها على المزارع يوجب فساد المزارعة كما لو شرط عليه الطحن والحمل إلى منزل رب الأرض ، وهم يقولون : أن المزارعة بهذه الشرائط متعامل ، قلنا : متعامل في بعض البلدان دون البعض ، ألا ترى أن محمداً حكم بفسادها ، ولو وجدها متعاملاً في جميع البلدان ما حكم بفسادها ، وتعامل بعض البلدان لا يكون حجة.

---

(١) هكذا في ط ، وفي الأصل و م: البدر.

(٢) هكذا في ط و م ، وفي الأصل: التقصي.

١٨٣٧٩ - وإن شرط كري الأنهار وإصلاح المسناة على أحدهما، إن شرط على المزارع، فالمزارعة فاسدة، سواء كان البذر من قبله أو من قبل رب الأرض.

أما إذا كان البذر من قبله؛ لأنه شرط في المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة تقتضي أن يكون كري الأنهار وإصلاح المسناة على رب الأرض لا على المزارع؛ لأن رب الأرض هو آجر للأرض ببعض الخارج، بمنزلة ما لو أجرها بالدراهم، وهناك إصلاح النهر على رب الأرض؛ لأن به يتمكن المستأجر من الانتفاع، كذا هنا.

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، فلأنه استأجر العامل ببعض الخارج للمزارعة، وليعمل آخر العمل من أعمال المزارعة، ما ذكرنا من جنس عمل المزارعة، واستئجار العامل للمزارعة، وبعمل آخر ببعض الخارج لا يجوز كما لو استأجر للمزارعة[1] وخياطة ثوب لرب الثوب، ويكون جميع الخارج للمزارع، ويغرم المزارع أجر مثل الأرض لرب الأرض، ويغرم رب الأرض له أجر مثل عمله في كري الأنهار وإصلاح المسناة.

١٨٣٨٠ - وإن شرط ذلك على رب الأرض، فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر، وإن كان البذر من قبل المزارع؛ لأنه شرط في المزارعة ما يقتضيها؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع كان رب الأرض مؤاجراً للأرض، وإصلاح النهر والمسناة على الآجر.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فلأنه استأجر العامل بعمل المزارعة، وشرط على نفسه ما ليس من عمل المزارعة، والمزارعة هكذا تقتضي.

١٨٣٨١ - وإن شرط في عقد المزارعة كراب الأرض على أحدهما، فإن شرط على المزارع، فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط في المزارعة ما تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة توجب الكراب على المزارع؛ لأنه من أعمال المزارعة، ألا ترى أنه يجب على المزارع من غير شرط إذا كان لا يحصل الزرع مرغوب فيه إلا بالكراب. وأما إذا شرط على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع كانت المزارعة فاسدة؛ لأن المزارع يصير مستأجراً للأرض مع رب الأرض ببعض الخارج، واستئجار رب

(١) وكان في الأصل: المزارعة.

الأرض ببعض الخارج لا يجوز، فهذه مزارعة شرط فيها إجارة فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فالمزارعة جائزة إذ ليس يجب على هذا الشرط سوى إضافة المزارعة إلى وقت في المستقبل، وهو ما بعد الكراب، واستئجار العامل لبعض أعمال المزارعة، وكل ذلك جائز حالة الانفراد.

ومن سلك هذه الطريقة يقول: إنما تجوز المزارعة إذا بيّن للكراب وقتًا معلومًا حتى يكون وقت انعقاد المزارعة معلومًا، وأما إذا لم يبيّن فالمزارعة فاسدة لجهالة وقت انعقاد المزارعة، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر البلخي والفقيه أبو جعفر الهندواني.

ومن المشايخ من قال: إنما جاز العقد؛ لأنه أراد بهذا الكراب الكراب المعتاد، وهو الكراب قبل الزراعة، وإنه شرط غير لازم؛ لأن المزارعة غير لازمة قبل إلقاء البذر في الأرض من كان البذر من جهته، فكذا ما شرط في المزارعة لا يكون لازمًا، ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد المزارعة حتى لو كان المراد من هذا الكراب الكراب بعد الزراعة تفسد المزارعة؛ لأنه يصير لازمًا كالمزارعة، وإنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد.

ومن سلك هذه الطريقة يقول: يجوز المزارعة بيّن للكراب وقتًا معلومًا أو لم يبيّن.

١٨٣٨٢ - وإذا شرط في المزارعة على أن أحدهما أن يسرقنها من عند نفسه، فإن شرط ذلك على المزارع، فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر.

أما إذا كان البذر من جهة المزارع؛ لأن المزارع صار مستأجرًا للأرض ببعض الخارج وبالسرقين؛ لأنه يذل شيئين بإزاء منفعة الأرض نصف الخارج، والسرقين مجهول، وجهالة الأجر تمنع صحة الإجارة، ويكون الخارج كله للمزارع، وعليه آجر مثل الأرض، ولا يغرم رب الأرض شيئًا للمزارع من قيمة السرقين الذي طرحه في الأرض؛ لأن منفعة السرقين حصلت للمزارع حال قيام الزرع في الأرض، وبعد الحصاد الباقي مجرد المنفعة، وهو قوة الأرض إنما عين السرقين صار مستهلكًا بالإلقاء كالبذر، ومجرد المنفعة عندنا لا تتقوم من غير عقد، ولا شبهة عقد.

وأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض فلأن رب الأرض قابل بعض الخارج بإزاء

المنفعة، وهي منفعة الماء، وبإزاء العين وهو السرقين، فما يقابل العين شراء، وشراء السرقين ببعض الخارج لا يجوز، فهذه مزارعة شرط فيها شراء فاسد. ولو شرط فيه شراء جائزًا أوجب فساده، فههنا أولى، ويكون الخارج كله لرب الأرض، وعليه أجر مثل عمل المزارع في أرضه، وقيمة ما طرح من السرقين؛ لأن رب الأرض اشترى السرقين شراء فاسدًا، وصار قابضًا له حكمًا لاتصاله بملكه، ومنفعة ذلك حصلت له، وكان عليه قيمة ما طرح من السرقين في أرضه. وإن شرط السرقين على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه صار مشتري السرقين من رب الأرض ببعض الخارج، ويكون الخارج للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين؛ لأنه اشترى السرقين شراءً فاسدًا، وصار قابضًا له حكمًا لاتصاله بزرعه، ومنفعة ذلك حصلت له؛ وكان عليه قيمته، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فالمزارعة جائزة؛ لأنه استأجر العامل ليعمل في أرضه بالسرقين والأجرة بعض الخارج، وإنه جائز.

١٨٢٨٣- وإن شرط أحدهما على الآخر إلقاء السرقين في الأرض من سرقين رب الأرض، فهذا هو المعروف في بلادنا، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب.

وحكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد رحمه الله أنه كان يقول: إذا شرط ذلك على المزارع، فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد؛ لأن إلقاء السرقين من عمل الزراعة؛ لأنه مما يزيد في الخارج، فكان كالكراب، واشتراط الكراب على المزارع لا يوجب فساد المزارعة من أيهما كان البذر، فكذلك هذا.

فإن قيل: أليس أن منفعته تبقى إلى العام الثاني، وهذا يوجب فساد المزارعة

قلنا: منفعة عمله لا تبقى إلى العام الثاني، إنما الذي يبقى إلى العام الثاني منفعة السرقين، وذلك ملك رب الأرض، وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل، فإنه لا يجوز كما لو اشترط الكراب على رب الأرض والبذر من قبل المزارع، وإن كان البذر من جهة رب الأرض يجوز كما في شرط الكراب، وكان يحتمل

الجواب فيه كالجواب في الكراب من هذا الوجه.

فأما إذا شرط في المزارعة أن لا يسمد ولا يسرقن أحدهما فالمزارعة جائزة على أيهما شرط ذلك، والبذر من قبل المزارع، أو من قبل رب الأرض، وإن شرط فيها ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المزارعة لا تقتضي أن لا يسرقن الأرض؛ لأن اشتراط ما لا يقتضيه العقد في العقد إنما يوجب فساد العقد إن كان فيه منفعة لأحدهما. فأما إذا لم يكن فيه منفعة لأحدهما، فإنه لا يوجب فساد العقد كما لو باع طعامًا بشرط أن لا يأكله، أو ثوبًا بشرط أن لا يلبسه، فإن البيع لا يفسد، وإن شرط فيه ما لا يقتضيه؛ لأنه لا منفعة فيه لأحدهما، ولا منفعة لأحدهما في أن لا يسرقن الأرض، بل فيه مضرة.

والأصل في هذا حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فإنه إذا كان أجر أرضه شرط على المستأجر أن لا يعربها، ولا يدخلها كلبًا، ولو كان هذا الشرط مما يوجب فساد المزارعة لما شرط عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في الإجارة.

١٨٣٨٤: سئل الإمام نجم الدين النسفي عمن دفع كرمه وأرضه معاملة ومزارعة إلى إنسان، وذلك الإنسان بانزه إلقاء السرقين وإصلاح المسناة وحفر الأنهار وكبس الشقوق، واشتراط ذلك في العقد يفسده، ولو سكت عنه لم يلزم ذلك العامل والمزارع، ولو واعده فله أن لا يفي بذلك. ولو أراد صاحب الملك أن يلزمه ذلك ما الوجه فيه؟ قال: يستأجره على ذلك كله بعد إعلامه بأجرة يسيرة غير مشروطة في العقد، فيصح ذلك، ويلزمه ولا يفسد العقد قبل هذه. فكبس الشقوق وإصلاح المسناة وحفر الأنهار عمل، فأما إلقاء السرقين فإنه يحتاج فيه إلى جمع مقدار كثير من السرقين أولًا، فلو اشترى منه كان شراء معدوم ليس في ملكه، ولو أسلم فيه، فهو متفاوت؛ لأن بعضه روث وبعضه عذرة، وبعضه تراب ونحوه، فلا يكون مضبوطًا بالوصف، فلا يصح السلم ولا الشراء.

ولو استأجره على النقل إلى ملكه، فالمنقول معدوم، والمكان المنقول عنه غير معلوم، فما وجه الصحة؟ قال: المشروط النقل عن البلدة وبراحها، ويتفاوت ذلك تفاوتًا قليلًا لا يؤدي إلى التنازع، والمجموع قبل الجمع غير متقوم، وإنما يجمع ثم يتقوم على ملك المستأجر بأمره، والمعقود عليه هو العمل وهو معلوم، فكانت إجارة صحيحة، وإن

يسقي فيه العين، وكان المعتبر هو العمل كاستئجار السقاء بحمل كذا قربة إليه من الماء، فإنه يصح ذلك، وكانت الأجرة بمقابلة العمل والماء، وإن كانت أعيانًا لم يتناولها العقد، ولم يكن شراءها، وترك إعلام مكان النقل عنه لم يضر حتى جاز، وإن لم يبين أنه ينقل هذه المياه من حوض كذا، وله أن ينقل من أي موضع شاء، ولم يوجب ذلك جهالة المعقود عليه لما ذكرنا أن هذا تفاوت لا يؤدي إلى التنازع، وكذا إذا استأجره ليحتطب له كذا وقرًا ويحش له كذا وقرًا، فهو جائز على هذا، فكذا هذا.

وأما إذا شرط في المزارعة الدولاب والدالية على أحدهما، فالجواب فيه كالجواب في اشتراط البقر على أحدهما؛ لأن الدالية والدولاب آلة السقي، والسقي على المزارع، وكان بمنزلة اشتراط البقر الذي هو آلة الزراعة، ثم اشتراط البقر على المزارع جائز من أيهما كان البذر، فإذا شرط البقر على رب الأرض فالمزارعة فاسدة إن كان البذر من قبل المزارع، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازت المزارعة على ما قلنا، فكذا هذا.

١٨٣٨٥ - وكذلك إذا شرط الدابة التي يستقي بها على أحدهما، إن شرط الدابة مع العلف على المزارع جازت المزارعة من أيهما كان البذر كما في اشتراط البقر، وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من قبل المزارع، فالمزارعة فاسدة، وإن كان من قبل رب الأرض جازت كما في اشتراط البقر.

فأما إذا شرط الدابة على أحدهما، والعلف على غير صاحب الدابة أوجب ذلك فساد المزارعة شرط على المزارع، أو على رب الأرض كان البذر من المزارع أو من قبل رب الأرض لوجهين: أحدهما: أنه شرط في المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة، فإن المزارعة تقتضي أن يكون علف الدواب على صاحبها، فإذا شرط على غير صاحب الدابة فهذا شرط لا تقتضيه المزارعة، ولأحدهما في ذلك منفعة، فأوجب فساد المزارعة.

والثاني: أن البذر إن كان من قبل العامل صار العامل مستأجرًا للأرض ومشتريًا للعلف ببعض الخارج، وشرى العلف ببعض الخارج لا يجوز، وإن كان البذر من قبل رب الأرض صار رب الأرض مستأجرًا العامل ببعض الخارج وبالعلف، ولو استأجره

هذه، فالمزارعة فاسدة إذا كانت مدة المزارعة سنة، وإن كانت سنين لا تفسد؛ لأن منفعته تبقى بعد مضي السنة، ولا تبقى بعد سنين، قالوا: وهذا في بلادهم، وأما في بلاد الحضرة فإنه تجوز المزارعة؛ لأن منفعة التثنية في بلاد الحضرة لا تبقى بعد انقضاء مدة المزارعة -والله أعلم-.

نوع آخر

١٨٣٨٨ - لو شرط عليه رب الأرض أنه إن زرعها بغير كراب، فللمزارع الربع، وإن زرعها بكراب، فللمزارع الثلث، فالمزارعة جائزة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، وتتم شركة، والإجارة مدفعة إذا عقدت على عملين مختلفين ببدلين معلومين، ولم يجعل أحدهما شرطا في الآخر، وخير العامل في ذلك كان جائزا عندهم جميعا كما لو دفع ثوبا إلى خياط، وقال: إن خطته رومية، فلك درهم، وإن خطته فارسية، فلك نصف درهم، فلأن تجوز المزارعة على هذا الوجه، والمزارعة تتم شركة، والشركات تحتمل ما لا تحتمل المعاوضات أولى.

ثم ذكر في الأصل في رواية أبي سليمان زيادة لم يذكرها في رواية أبي حفص، وتلك الزيادة أن رب الأرض لو قال للمزارع: وإن زرعت وثنيت فلك النصف، وذكر أنه متى ثنى وزرع كان الخارج بينهما نصفين على ما شرطا، طعن عيسى بن أبان رحمه الله، وقال: ما ذكر أنه متى ثنى وزرع كان الخارج بينهما نصفين على ما شرطا لا يكاد يصح؛ لأنه خيره بين عقود ثلاثة، فمتى مال إلى أحدهما يجعل كأن العقد من الابتداء ما عقد إلا على الذي اختاره، ولو عقد العقد من الابتداء على الكراب والتثنية كانت المزارعة فاسدة، وإلى هذا مال الفقيه أبو القاسم الصفار البلخي، وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول: ما ذكر محمد في رواية أبي سليمان صحيح، وكان يفرق بين ما إذا عقدت المزارعة على التثنية وحدها، وبينما إذا كان مع التثنية غيرها متى كان مع التثنية مزارعة أخرى تجوز المزارعة بشرط التثنية، وإذا كانت المزارعة وحدها بشرط التثنية لم يجز.

ووجه الفرق بينهما أنه متى كانت المزارعة مقصودة على التثنية وحدها، فالتثنية في المزارعة مذكورة لفظا وحكما ومعنى، لفظا، فلا إشكال، وحكما ومعنى؛ لأنه يجبر

المزارع على الوفاء بهذا الشرط متى صحت المزارعة بهذا الشرط، وإذا كان شرط التثنية مذكوراً لفظاً ومعنًى لا يمكننا أن نجعله غير مذكور، فاعتبر مذكوراً من كل وجه، وإنه شرط يوجب فساد المزارعة، فأما إذا كان مع المزارعة على التثنية مزارعة أخرى جائزة، فالتثنية إن كانت مذكورة لفظاً، فهي غير مذكورة معنًى وحكماً؛ لأنه لا يلزمه التثنية متى كان مع التثنية عقد آخر، فإن للمزارع أن يختار الأخرى متى كان مشروطاً في العقد، والشرط إنما يوجب فساد العقد إذا كان لازماً يجب الوفاء به، فأما إذا لم يكن لازماً، فإنه لا يوجب فساد العقد، ألا ترى أنه ذكر في آخر هذا الكتاب أنه متى شرط في المزارعة على أحدهما أن لا يبيع الخارج، فالمزارعة لا تفسد؛ لأن ما شرط غير لازم، وإذا كان هذا الشرط مذكوراً لفظاً غير مذكور معنًى وفر محمد على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فقال: من حيث إنه غير مذكور معنًى لا يوجب فساد المزارعة، ويجعل كأنه كرب وثنى من غير شرط، فتكون المزارعة جائزة، ومن حيث إنه مذكور لفظاً إذا ثنى استحق ما شرط بإزاءه من نصف الخارج عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، وسيأتي بعد هذا من هذا النوع من المسائل -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر:

١٨٣٨٩- إذا دفع الرجل أرضاً وبذراً إلى رجل ليزرعها، وشرطا الشركة في الأصل والفرع بمعنى في التبن والحب، فالمزارعة جائزة، وهذا ظاهر، وكذلك إذا شرطا أن يكون الخارج أو الربع أو الربع بينهما؛ لأن هذا يؤدي إلى معنى الأول، وإن شرطا التبن لأحدهما، والحب للآخر لا يجوز؛ لأنه لا شركة في الأصل، ولا في الفرع، وكذلك لو شرطا أن يكون الحب لأحدهما بعينه والتبن بينهما؛ لأن المقصود هو الحب، وهذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة فيما يرجع إلى المقصود.

وإن شرطا الحب بينهما والتبن لأحدهما بعينه، فإن شرطا التبن لصاحب البذر جاز، ولو شرطاه للآخر فسد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز أصلاً؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة عسى بأن لا يخرج الحب، وجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة، وإنما

شركة في الفرع وهو الثمر دون الأصل وهو الغرس، فأمكن القول بجواز مثلها من المزارعة، أما إذا شرط التبن لمن لا بذر له، فليس له نظير في المعاملة، فبقي على أصل القياس. وإن شرطا الحب بينهما، وسكتا عن التبن يجوز في ظاهر الرواية، والتبن لصاحب البذر.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز، وذكر الطحاوي رجوع محمد إلى قول أبي يوسف، وجه ظاهر الرواية ما مرّ أن استحقاق من لا بذر منه بحكم الشرط، فإذا لم يوجد الشرط في التبن بقي لصاحب البذر، وكأنهما شرطا أن يكون الحب بينهما، والتبن لصاحب البذر، وذلك جائز على ما مر.

وعن بعض مشايخ بلخ: أن في هذه الصورة التبن كالحب باعتبار العرف، فإن عرفهم أن التبن والحب يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب، وإن شرطا أن يكون التبن بينهما، وسكتا عن الحب لا يجوز؛ لأن المقصود[1] وهو الحب، فالمسكوت عنه بمنزلة المسكوت عنهما.

١٨٣٩٠ - وإذا شرط على المزارع أن يزرع العصفر، وشرطا الشركة في الله عصفر والقرطم والساق جاز، وإن شرطا العصفر والقرطم بينهما والساق لأحدهما، إن شرطا الساق لمن له البذر جاز، وإن شرطا الساق لمن لا بذر له من جهته لا يجوز، وإن شرطا العصفر والقرطم لأحدهما، والساق للآخر لا يجوز، وإن شرطا العصفر لأحدهما والقرطم للآخر لا يجوز؛ لأن العصفر والقرطم ثمرتان ليس أحدهما بأصل للآخر، بل الأصل لهما الساق، فقد شرط نوع ثمرة لأحدهما، وإنه يوجب فساد المزارعة، وكذلك الجواب فيما إذا دفع إليه الأرض ليزرعها القت، وشرط القت لأحدهما، والبذر للآخر لا يجوز؛ لأن القت مع البذر ثمرتان كالقرطم مع العصفر - والله أعلم - .

نوع آخر

يرجع إلى الشرط وإبطالهما الشرط:

١٨٣٩١ - هذا النوع يبتني على أصل أن صاحب الأرض مع المزارع إذا شرطا في

(١) وفي الأصل: المقرد.

عقد المزارعة شرطًا فاسدًا ينظر إليه إن كان شرطًا لا فائدة فيه لأحد المتعاقدين بأن شرطا أن لا يبيع أحدهما حصته من الخارج أو لا يأكل، فالمزارعة جائزة؛ لأن ما لا يفيد من الشروط ذكره وعدمه بمنزلة، وكان بمنزلة ما لو باع طعامًا بشرط أن لا يأكله المشتري، وإن كان في الشرط فائدة لأحدهما، فهو على وجهين: إن كان الشرط داخلا في صلب العقد بأن كان له حظ من البدل، فإن البدل من صلب العقد في المعاوضات لا يجوز العقد بدونه، فإن المزارعة تفسد بهذا الشرط، ولا يعود جائزًا، وإن أبطل من له الشرط الشرط بأن شرطا في المزارعة عشرين درهمًا لأحدهما مع نصف الخارج، ثم أبطل من شرط له الدراهم الدراهم قبل العمل، أو شرطا الحصاد والدياس على أحدهما، حتى فسد العقد على جواب الكتاب، ثم أبطل من له الشرط هذا الشرط؛ لأن لهذا الشرط حظًا من البدل، فمتى أبطل من له الحق الزيادة فلا بد وأن يطرح عن الآخر ما بإزاءه من العمل، فما بقي وراء المحطوط على المزارع يبقى مجهولا، وإنه كاف في فساد العقد، وكان بمنزلة ما لو باع عبدًا بألف درهم ورطل من خمر، ثم إن البائع أبطل الخمر لا يعود البيع جائزًا، كذا ههنا.

وإن كان الشرط مستعارًا في العقد، ولم يكن من صلب العقد، بأن لم يكن له حظ من البدل بأن شرطا في المزارعة خيارًا مجهولا وأجلا مجهولا لأحدهما، فأسقط من له الشرط قبل تقرر المفسد، فإن المزارعة تنقلب جائزة في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وإن كان هذا الشرط مشروطًا لهما لا يعود جائزًا ما لم يجتمعا على الإبطال، أما بإبطال لأحدهما لا يعود جائزًا؛ لأنه يبقى مشروطًا للآخر، وإنه كاف لفساد العقد.

وإن شرطا على أحدهما أن يبيع نصيبه من صاحبه، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه شرط لا يقتضيه المزارعة، وفيه منفعة لهما، فإن أبطله البائع أو المشتري لا يعود جائزًا؛ لأن في هذا الشرط منفعة للبائع والمشتري، وكان بمنزلة ما لو شرطا في المزارعة خيارًا مجهولا لهما، فأبطل أحدهما الخيار، فالعقد لا يعود جائزًا، ولو أبطلاه جميعًا عادت المزارعة إلى الجواز؛ لأن هذا الشرط لا حظ له من البدل، فيكون شرطًا مستعارًا في العقد إلا أن منفعة هذا الشرط عائدة إليهما، فإذا أبطلا ذلك انقلب العقد جائزًا.

ولو شرط أحدهما على صاحبه أن يهب نصيبه من الخارج كانت المزارعة فاسدة،

فإن أبطل الموهوب له الشرط قبل العمل جازت المزارعة؛ لأن المنفعة في هذا الشرط للموهوب له، وإنه ليس من صلب العقد، فيبطل بإبطال الموهوب له، ويعود العقد إلى الجواز.

وبعض مشايخنا قالوا: يجب أن لا تعود المزارعة جائزة بإبطال الموهوب له وحده؛ لأن في هذا الشرط منفعة للموهوب له، هو المال، وللواهب وهو الثناء والتودد والتحبب وطلب العوض، فكان كالبيع. ولكن ما ذكر في الكتاب أصح، لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضًا عن المال من حيث الحكم، ولهذا بقي تبرعًا حتى لم تجز هبة الصبي المأذون، وإذا لم تصلح عوضًا كان هذا إزالة الملك بغير عوض، فتكون المنفعة للموهوب له لا للواهب بخلاف البيع؛ لأنه تمليك مال بمال، فتكون المنفعة فيه للبائع والمشتري.

نوع آخر

في المزارعة التي يشترط فيها بعض العمل:

١٨٣٩٢ - وإذا دفع الرجل أرضه إلى غيره مزارعة بالنصف، وشرط بعض العمل على المزارع أو على نفسه، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وإنه على ثلاثة أوجه: إما أن يكون شرط بعض أعمال المزارعة على المزارع، وسكت عن الباقي، أو شرط بعض أعمال المزارعة على نفسه وسكت عن الباقي، أو شرط بعض أعمال المزارعة على نفسه، وشرط البعض على المزارع.

فإن شرط بعض أعمال المزارعة على المزارع، وسكت عن ذكر الباقي بأن شرط عليه أن يكربها، ويزرعها وسكت عن ذكر السقي فهذا على ستة أوجه: فإن كان الأرض بحيث لا تخرج شيئًا بدون السقي، أو تخرج شيئًا، ولكن لا يرغب فيه من مثل هذه الأرض، ففي هذين الوجهين المزارعة فاسدة؛ لأن رب الأرض مستأجر العامل بأجر يتعين في الإجارة؛ لأنه استأجر ببعض ما يخرج من هذه الأرض، وإنه مما يتعين في الإجارة حتى لو أراد المستأجر أن يعطيه من غيره ليس له ذلك، والمستأجر غير قادر على تسليمه إذا كانت الأرض لا تخرج شيئًا بدون السقي، ومثل هذه الإجارة لا تجوز كما لو

الفساد كالمشروط نصاً، فصار سواء من هذا الوجه.

الوجه الثالث: أن يكون البذر من قبل المزارع، فإذا شرط رب الأرض بعض الأعمال على المزارع بأن شرط عليه أن يبذره مثلاً، وسكت عن السقي، فالمزارعة جائزة وإن كان لا بد لحصول الخارج من السقي، وفيما إذا كان البذر من جهة رب الأرض تفسد المزارعة في هذه الصورة.

والفرق أن البذر إذا كان من جهة المزارع فالأرض، فهو المستأجر ببعض الخارج، فيكون هو الضامن للأجر، فيصير ما وراء التبذير من الأعمال مشروطاً على المزارع مقتضى ضمان الأجر، فاشتراط أعمال المزارعة على المزارع لا يوجب فساد المزارعة.

وأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض: فهو المستأجر للأجير، فيصير ما وراء المشروط على المزارع مشروطاً على رب الأرض إذا كان لا يمكنه تسليم الأجر إلا بما وراء المشروط على المزارع من الأعمال، واشتراط عمل رب الأرض مع المزارع يوجب فساد المزارعة.

١٨٣٩٤ - وإذا شرط بعض الأعمال على رب الأرض، أو شرط البعض على رب الأرض والبعض على العامل فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان البذر من جهة رب الأرض، وقد شرط رب الأرض بعض العمل على نفسه، أو شرط البعض على نفسه، والبعض على العامل.

١٨٣٩٥ - وإذا دفع الرجل إلى الرجل أرضه على أن يزرعها المزارع ببذر نفسه هذه السنة ما بدا له من عمل[1] الشتاء والصيف على أن الخارج بينهما نصفان، وعلى أن الذي يلي طرح البذر في الأرض رب الأرض، فالمزارعة فاسدة؛ لأن المزارع استأجر الأرض وربها ببعض الخارج، وهذا لا يجوز؛ لأن هذه مزارعة شرط فيها عمل رب الأرض؛ لأن المزارع إنما يدفع البذر إليه حكماً لعقد المزارعة التي جرت بينهما، واشتراط عمل رب الأرض في المزارعة يوجب فساد المزارعة بخلاف ما إذا كان البذر من جهة رب الأرض؛ لأن المزارعة إنما تنعقد بعد إلقاء البذر، ألا ترى أن من قبل إلقاء البذر لا مزارعة بينهما، ولأنه استأجره ليعمل ببعض الخارج لبعض أعمال المزارعة وهو ما

(١) في الأصل: "علة".

وراء التذنيب من الأعمال، وإنه جائز، والله أعلم.

نوع آخر:

١٨٣٩٦ - إذا دفع الرجل أرضاً وبذراً إلى رجل مزارعة، وقال له: ما زرعتها بكراب فبكذا، وبغير كراب فبكذا، وبكراب وبثنيات فبكذا، فالمزارعة جائزة؛ لأنه خيّره بين عقود ثلاثة بأبدال مختلفة معلومة، وأضاف كل عقد إلى جميع الأرض حيث قال: ما زرعتها، وصار تقدير هذه المزارعة إن زرعت جميع هذه الأرض بكراب فلك كذا، وإن زرعت جميعها بغير كراب فلك كذا، وإن زرعت بعضها بكراب، وبعضها بثنيات فلك كذا، والإجارة المحضة على هذا الوجه جائزة، فالمزارعة أولى.

وكذلك إذا قال: ما زرعت فيها بكراب فلك كذا، وما زرعت فيها بغير كراب فلك كذا، فالمزارعة جائزة؛ ولأن كل عقد أضيف إلى جميع الأرض من حيث قال: فيها، وكذلك إذا قال: ما زرعت فيها بكراب فبكذا، وما زرعت منها بغير كراب فبكذا، فالمزارعة جائزة، وأي عمل اختاره المزارع كان له ما شرط بإزاءه.

قالوا: ما ذكر من الجواب في المسألة الثالثة خطأ لا وجه لتصحيحه، ويجب أن تكون المزارعة فاسدة متى ذكر بكلمة «من»؛ لأن كلمة من للتبعيض، فقد شرط عليه أن يزرع البعض بكراب والبعض بغير كراب، فلا يكون له أن يزرع الكل بغير كراب، ولا أن يزرع الكل بكراب، وإنما يكون له أن يزرع البعض بكراب، والبعض بغير بكراب، وذلك البعض مجهول لا يدري، فأوجب ذلك فساد المزارعة.

والدليل على صحة ما قلنا: مسائل ذكرها محمد رحمه الله في «الأصل».

فمن جملتها إذا قال للدافع: ما زرعت منها حنطة فلك كذا، وما زرعت منها شعيراً فلك كذا، وما زرعت منها سمسماً، فلك كذا، فالمزارعة في هذه الصورة فاسدة؛ لأن المشروط أن يزرع البعض حنطة والبعض شعيراً، وذلك مجهول لا يدري.

ومن جملة ذلك إذا قال للدافع: ما زرعت منها في جمادى الأولى فلك كذا، وما زرعت منها في جمادى الأخرى فلك كذا، كانت هذه المزارعة فاسدة؛ لأن المشروط أن

يعجل الزرع في البعض ويؤخر في البعض، وذلك مجهول.

ومن جملة ذلك إذا قال له: ما زرعت منها بماء السماء فلك كذا، وما زرعت منها بغرب، أو دالية فلك كذا، فالمزارعة فاسدة، وطريقه ما قلنا.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول: ما ذكر من الجواب في مثل الكراب قولهما، وما ذكر في هذه المسائل، فهو قول أبي حنيفة رحمه الله: لو كان يرى جواز المزارعة؛ لأن كلمة من عند أبي حنيفة رحمه الله للتبعيض، وعندهما صلة، فصار حاصل الجواب على قولهما: الجواز في هذه المسائل كما في مسألة الكراب، وجعل كلمة من للصلة عندهما في المسائل كلها.

وغيره من المشايخ قالوا: بأن ما ذكر في هذه المسائل قولهم، وما ذكر في مسألة الكراب قولهما أيضاً، وهذا القائل يجعل كلمة "من" للتبعيض في المسائل كلها؛ لأن هذه الكلمة حقيقتها للتبعيض لغة، وإنما تذكر للصلة مجازاً، والكلام بحقيقته، وعلى هذا التقدير تتمكن الجهالة إلا أن هذه الجهالة في مسألة الكراب لا توجب فساد المزارعة؛ لأن الجهالة تزول وقت تأكد المزارعة؛ لأن تأكد المزارعة بإلقاء البذر.

فإن قيل: إلقاء البذر لصاحب البذر حق الفسخ وبعده لا. والكرب مما يتقدم على إلقاء البذر حتى يستوي الأرض، ثم يلقي البذر، فحال إلقاء البذر يعلم ما كرب مما لم يكرب، وإذا كانت الجهالة زائلة وقت تأكد المزارعة كانت بمنزلة ما لو كانت زائلة وقت العقد، فهو نظير ما لو باع شيئاً برقمه، وعلم الرقم في مجلس العقد، فإنه يجوز العقد، وجعل زوالا لجهالة في مجلس العقد كزوالها وقت العقد.

أما في مسألة الحنطة والشعير فالجهالة قائمة وقت تأكد العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض المزروعة حنطة من البعض المزروعة شعيراً بإلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الذي هو حال تأكد العقد تكون الجهالة قائمة.

وكذلك في مسألة جمادى الأولى الجهالة قائمة وقت تأكد العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض الذي يزرع في أحد الوقتين بإلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الذي هو حال تأكد العقد تكون الجهالة قائمة، وفي مسألة السقي كذلك؛ لأنه أراد بذلك السقي المعتاد بينهم، والسقي المعتاد بينهم السقي بعد إلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الجهالة تكون

قائمة، ولو كان المراد من هذا المعنى السقي قبل الزراعة كانت المزارعة جائزة كما في مسألة الكراب، إذ الجهالة تكون زائلة وقت تأكد العقد، وأما إذا نص على البعض، فقال: على أن ما زرعت بعضها منها بكراب فلك كذا، وما زرعت بعضاً منها بغير كراب فلك كذا، هل يفسد العقد؟ لم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب، وعلى قياس ما قاله الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يجب أن تكون المزارعة فاسدة بخلاف ما لو ذكر كلمة "من"؛ لأن هناك أمكن حمل العقد على الصحة بأن يجعل كلمة "من" صلة، ويكون الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، فأما إذا نص على البعض لا يمكن أن يجعل الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، بل يكون الداخل بعضها، وإنه مجهول.

١٨٣٩٧ - وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة، فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيراً، فالخارج كله للمزارع، فهذا جائز؛ لأنه خيره بين المزارعة والإعارة، ومثل هذا جائز في الإجارة المحضة بأن يقول الرجل لغيره: إن سكنت هذه الدار شهراً، فعليك عشرة، وإن سكنت هذه الدار الأخرى، فلا شيء عليك، فههنا أولى، فإن زرعها حنطة، فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيراً، فالخارج للمزارع[1].

ولو دفعها إليه على أنه إن زرعها حنطة، فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيراً، فالخارج كله لصاحب الأرض، فهذا جائز في الحنطة؛ لأنه خيّره بين المزارعة الجائزة وبين الفاسدة، وعطف الفاسدة على الصحيحة، ولم يشترطها في الصحيحة، ومثل هذا في الإجارة المحضة لا توجب فساد الجائزة بأن قال لخياط: إن خطت هذا الثوب رومية فلك درهم، وإن خطته فارسية فلك رطل من خمر، فإن زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيراً، فالخارج كله للمزارع، وعلى المزارع أجر مثل الأرض لصاحب الأرض.

١٨٣٩٨ - وإذا دفع الرجل أرضاً وكر حنطة وكر شعير على أنه إن زرع الحنطة، فالخارج بينهما نصفان، والشعير مردود على صاحبه، وإن زرع الشعير، فالخارج

---

(١) وفي ظا: "للزارع".

لصاحب الأرض ، والحنطة مردودة عليهما ، فهذا جائز ؛ لأنه خيره بين المزارعة والاستعانة ، وهذا جائز في الإجارة المحضة بأن قال للخياط : إن خطته رومية فلك عشرة ، وإن خطته فارسية ؛ فلا أجر لك ، فهاهنا أولى .

وكذلك لو قال : على أنك إن زرعت الحنطة فالخارج بيننا ، وإن زرعت الشعير ، فالخارج كله لك ، فهذا جائز ؛ لأنه خيره بين المزارعة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر ، وهذا جائز في الإجارة المحضة .

١٨٣٩٩ - وإذا دفع إلى رجل أرضًا ليزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة ، فالخارج بينهما ، وإن زرعها شعيرًا ، فالخارج كله للعامل ، وإن زرعها سمسمًا ، فالخارج كله لصاحب الأرض ، فهذا جائز في الحنطة والشعير ، فاسد في السمسم ، ولو كان البذر من جهة صاحب الأرض والمسألة بحالها ، فهذا جائز كله ؛ لأنه خيّره بين الاستعانة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر ، ومثل هذا جائز في الإجارة المحضة .

نوع آخر:

١٨٤٠٠ - وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة إلى رجل على أن يستأجر المزارع فيها أجيرًا بمال نفسه كانت المزارعة جائزة ؛ لأنه شرط ما تقتضيه المزارعة من غير شرط ؛ لأنه شرط بذل العمل على المزارع ، واشتراط بذل العمل كاشتراط عمل المزارع اشتراط ما تقتضيه المزارعة ، وإن شرط استئجار الأجراء(١) من مال رب الأرض كانت المزارعة فاسدة ، وكذلك إذا شرط استئجار الأجراء من مال المزارع على أن يرجع المزارع بذلك في مال رب الأرض كانت المزارعة فاسدة ، وفرق بين هذا وبينما إذا دفع أرضًا إلى رجل مزارعة والبذر من قبل رب الأرض ، وشرط في عقد المزارعة عمل عبد رب الأرض ، أو شرط عليه بقره ، أو أن يستأجر بقرًا من ماله حيث يجوز .

والفرق أن القياس أن لا يجوز العقد متى شرط عمل عبد رب الأرض ، أو عمل بقره إذا كان البذر من جهته ؛ لأنه شرط بعض العمل على رب الأرض ، وذلك مفسد للعقد ، وجوزناه للتعامل ؛ فإن دفع البقر والإعانة بعبده يتعامل فيما بين الناس في

---

(١) وفي الأصل رب الأرض

المزارعات ، والمزارعة جوزت للتعامل فيما كان فيه تعامل يجوز ، وما لا فلا .

وأما اشتراط الأجرة على رب الأرض غير متعامل فإنه اشتراط العمل عليه في الحاصل ، فيرد إلى ما يقتضيه القياس .

الفصل الخامس
في المعاملة في النخيل والشجر

١٨٤٠٦ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا دفع الرجل نخلا أو كرمًا له معاملة بالنصف، ولم يسمّ له سنين معلومة، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وتقع المعاملة على سنة واحدة يعني على ثمرة واحدة تخرج في تلك السنة، وقد ذكرنا هذه في صدر الكتاب.

١٨٤٠٧ - وإذا دفع إلى رجل أصول رطبة ثابتة في الأرض معاملة، ولم يسمّ لذلك وقتًا، فإن لم يكن لجزازه وقتًا معلومًا، فالمعاملة فاسدة، وإن كان لجزازها وقتًا معلومًا، فالعقد جائز على المرة الأولى، وهذا لأن الرطبة مما يزداد نموا بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزاز معلومًا كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر؛ لأن للإدراك وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك الوقت لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها.

١٨٤٠٨ - وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلا أو شجرًا أو كرمًا معاملة أشهر معلومة يعلم يقينًا أن النخيل والشجر والكرم لا يخرج ثمره في مثل تلك المدة، فالمعاملة فاسدة؛ لأن رب النخيل جعل أجرة عمل العامل شيئًا لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم، وهذا يوجب فساد الإجارة كما لو استأجره بشيء لا يملكه، أو بعبد آبق، أو سمك لا يقدر عليه إلا بصيد.

هذا إذا كانت المدة معلومة يعلم يقينًا أن الثمرة لا تخرج في مثل تلك المدة، فأما إذا كانت مدة قد تخرج الثمرة في مثل تلك المدة، وقد لا تخرج فالمعاملة موقوفة، فإن أخرجت الثمرة في المدة المضروبة صحت المعاملة؛ لأنه ظهر أنه جعل أجرة عمله ما يقدر المستأجر على تسليمه وقت وجوب التسليم فيجوز المعاملة، وإن لم يخرج ظهر أنه جعل أجرة عمله ما لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم، ففسدت المعاملة.

وهذا إذا أخرجت في المدة المضروبة شيئًا يرغب في مثله في المعاملة ، فأما إذا أخرجت شيئًا لا يرغب في مثله في المعاملة لا تجوز المعاملة ؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه بمنزلة ، وإن لم تخرج النخيل شيئًا في المدة المضروبة ينظر إن أخرجت بعد مضي تلك المدة في تلك السنة كانت المعاملة فاسدة ، وإن لم تخرج في تلك السنة أصلا لعلة حدثت بها كانت المعاملة جائزة ؛ لأنها إذا أخرجت شيئًا في تلك السنة علم يقينًا أنه ضرب من المدة ما لا يخرج الثمرة في مثل تلك المدة ، وهذا يوجب فساد المعاملة ، فأما إذا حدث بها علة ولم تخرج شيئًا في تلك السنة لا يدرى أن المدة التي شرطت في المعاملة مدة تخرج في مثلها الثمرة أو لا تخرج لجواز خروج الثمرة في مثل تلك المدة ، وإن لم يحدث بها تلك العلة ، فيقع الشك في فساد العقد ، وقد انعقدت جائزة موقوفة إذا كان حال المدة محتملا بين أن يخرج الثمر وبين أن لا تخرج ، فلا يثبت الفساد بالشك والاحتمال .

١٨٤٠٩ - وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف ، فهو جائز ، وإن لم يسميا وقتًا ، يجب أن يعلم أن المعاملة إذا عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة صحت ، وإذا عقدت على ما تناهى عظمه ، وصار بحال لا يزيد في نفسها بسبب عمل العامل ، فإن المعاملة لا تصح ، وإنما كان كذلك ؛ لأنها متى عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة كان أجر العامل بعض ما يخرج من عمله ، والمعاملة ببعض ما يخرج من عمل العامل جائزة ، وإذا أخرج عن حد النماء والزيادة كان أجرة عمله شيئًا موجودًا لا ما يخرج من عمله ، والمعاملة جوزت بخلاف القياس بالأثر فيما إذا كان أجر العامل بعض ما يخرج من عمله ، توضيحه : أن ما يقع عليه عقد المعاملة إذا كان في حد النماء يظهر أثر عمل العامل فيه ، فجاز أن يستحق به .

وإذا خرج عن حد النماء والزيادة لا يظهر أثر عمله فيه ، فلو استحق شيئًا استحق بغير عمل وإنه لا يجوز .

وإذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة ، فنقول : ما وقع عليه عقد المعاملة في حد النماء والزيادة ووقته معلوم ؛ لأن وقت ابتداء العمل ما بعد الفراغ من العقد لحاجة الطلع إلى العمل عقيب العقد ولإدراكه وقت معلوم فجازت المعاملة .

يحتاج إلى عمل سوى الحفظ، فإن كان بحال لو لم يحفظ تذهب ثمرتها قبل الإدراك تجوز المعاملة، ويكون الحفظ ههنا بمنزلة النماء والزيادة، وإن كان بحال لا تذهب ثمرتها إلى وقت الإدراك لو لم تحفظ لا تجوز المعاملة في تلك الأشجار، ولا نصيب للعامل من ذلك.

١٨٤١٢ - في "فتاوى الفضلي": شجر الجوز يجوز دفعها معاملة، وللعامل حصة من الجوز؛ لأنها تحتاج إلى السقي والحفظ حتى لو لم تحتج إلى أحدهما لا يجوز.

١٨٤١٣ - وإذا كان النخيل بين رجلين، فدفع أحدهما إلى صاحبه معاملة على أن يقوم عليه، فيسقيه ويلحقه، فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بينهما أثلاثا، ثلثه للدافع، وثلثاه للعامل، فهذه المعاملة فاسدة؛ لأن الدافع استأجر العامل بثلث حصته من الخارج من النخيل ليعمل في محل مشترك فيه، والإجارة على عمل للأجير فيه شركة لا ينعقد أصلا.

ولو كان مكان المعاملة مزارعة، بأن كانت الأرض بين رجلين دفع أحدهما إلى صاحبه ليزرعها ببذر بينهما نصفان على أن للعامل ثلثا الخارج قد ذكرنا أن على أصح الروايتين المزارعة جائزة.

والفرق أن معنى الإجارة في المعاملة راجحة على معنى الشركة، فالتحقت المعاملة بالإجارة المحضة، وفي الإجارة محضة الشركة في محل العمل مانعة صحتها، فكذا في المعاملة، فأما في المزارعة معنى الشركة راجحة، فالتحقت المزارعة في الشركات المحضة، والشركة في محل العمل لا تمنع انعقاد سائر الشركات، فكذا لا تمنع انعقاد المزارعة، وإذا فسدت المعاملة كان الخارج بينهما نصفان على قدر ملكهما في النخيل، ولا يتصدق واحد منهما بشيء لاستفادته ذلك من نخيله وأرضه، ولو كانا اشترطا أن يكون الخارج بينهما نصفان، فذلك جائز؛ لأن الدافع لم يشترط له شيئا من نصيبه، بل استعان به.

ولو أن الشريك الذي لم يعمل أمر العامل أن يشتري ما يلقح به النخيل، فاشتراه رجع على صاحبه بنصف الثمن؛ لأنه لما أمره بشراء ما يلقح به النخيل، والنخيل مشترك بينهما، فكأنه قال له: اشتر نصفه ما يلقح به النخيل لي، واشتر نصفه لنفسك، فكان

وكيلاً في شراء النصف من جهة الدافع، فيرجع بنصف الثمن عليه لهذا، أما إذا لم يأمره بشراء ما يلقح به النخيل، ولكنه أمره أن يلقح النخيل، فإنه لم يذكره محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل، قيل: ينبغي أن لا يرجع، وهو الأشبه؛ لأن قدر ما يلقح به النخيل لا يجري فيه الشح بين الناس؛ لأنه ليس له كثير قيمة، والناس يتبرعون بذلك ولا يتناقضون عنه، فصار كأنه قال له: هب لي ما يلقح به النخيل، ولقح به نخيلي، وهناك لا يرجع عليه بشيء، فههنا كذلك.

١٨٤١٤ - وإذا دفع نخيلاً معاملة إلى رجلين على أن يلقحاه بتلقيح من عندهما على أن الخارج بينهم أثلاثاً، فهذا جائز؛ لأن صاحب النخيل استأجر كل واحد من العاملين بثلث الخارج من نخيل لا شركة لهما فيها.

فإن قيل: صاحب النخيل شرط ثلث الخارج لكل واحد منهما بإزاء عمله، وبإزاء ما يلقح به لما شرط التلقيح من عندهما، فما يخص ما يقع به التلقيح من الخارج يكون شراء، فهذا شراء شرط في المعاملة، فيوجب فساد المعاملة.

قلنا: ما شرط للعامل من الخارج يكون كله بمقابلة عمله ليس بمقابلة ما يلقح به شيء؛ لأن ما يلقح به النخيل تافه عادة إلا أن ما هو المقصود، وهو الخارج لا يحصل إلا به، فإن النخيل لا يخرج شيئاً مرغوباً إلا به، فيعتبر ما يلقح به آلة العمل، والعوض يقابل العمل لا آلة العمل، ولو شرط أن لصاحب النخيل الثلث، ولأحد العاملين بعينه الثلثان، وللآخر أجر مائة على العامل الذي شرط له الثلثان، فهذا فاسد؛ لأنه شرط في المعاملة لأحد العاقدين ما لا تقتضيه المعاملة، وفيه منفعة للمشروط له، بيانه أن قضية المعاملة أن تكون أجرة العاملين على صاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل هو المستأجر لهما حيث دفع النخيل إليهما، فإذا شرط أجر أحدهما على الآخر، فقد شرط ما لا تقتضيه المعاملة، وللمشروط له فيه منفعة، فيوجب فساد العقد.

وإذا فسدت المعاملة، كان الخارج كله لرب النخيل، وللعامل الآخر[1] على العامل الذي شرط له الثلثان أجر مثل عمله؛ لأن العامل الذي شرط له الثلثان صار

(١) وفي الأصل: "الآخر".

مستأجرٌ للعامل الآخر(١) معنى حيث شرط المائة عليه إلا أنه لا يجاوز به المسمى؛ لأن الإجارة فاسدة، والمسمى معلوم المقدار، ومن حكم هذا لا يجاوز بأجر المثل المسمى، ثم يرجع العامل الذي شرط له الثلثان على رب النخيل بأجر مثل عمله، وبأجر مثل عمل الآخر بالغة ما بلغت، أما الرجوع بأجر عمله فظاهر، وأما الرجوع بأجر مثل عمل العامل الآخر بالغة بلغت ظاهر أيضاً، لأن عمل الأجير انتقل إليه.

وأما الرجوع بذلك بالغة ما بلغت مشكل؛ لأنه وجد من العامل الذي شرط له الثلثان، وبين صاحب النخيل تسمية، وهو ثلثا الخارج، فيجب أن لا يزاد على ذلك، والجواب إن وجد تسمية الثلثين إلا أنها مجهولة في نفسه، والمسمى إذا كان مجهول المقدار في إجارة فاسدة، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، عرف ذلك في كتاب الإجارات.

ثم فرق بين المعاملة وبين المزارعة إذا دفع الرجل أرضًا إلى رجل على أن يزرعها ببذره ويعمل معه فلان، فيكون الخارج بينهم أثلاثًا، ذكر أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع الأول والثاني، وههنا قال: المعاملة فاسدة فيما بينهم جميعًا.

حكي عن الشيخ أبي أحمد العياضي أنه كان يقول: ليس بين المسألتين فرق، بل في المسألتين روايتان.

ومن مشايخنا من قال: بل بين المسألتين فرق من حيث الوضع لا من حيث المعنى، إلا أنهم اختلفوا في كيفية التفرقة بين المسألتين من حيث الوضع، قال بعضهم: بأن موضوع مسألة المزارعة أنه قال: ويعمل معه فلان، فهذا عطف العقد الفاسد على الجائز، ولم يشترط في الجائز، فإنه لم يذكر كلمة الشرط، وهي كلمة على، والعقد الفاسد متى عطف على الجائز لا يوجب فساد الجائز، وموضوع مسألة المعاملة أن العقد الفاسد مشروط في المعاملة، والعقد الفاسد متى شرط في الجائز أوجب الفساد، ومنهم من قال: إنما افترقا في الموضوع من وجه آخر، وهو أن في مسألة المزارعة إنما شرط للدخيل(٢) ثلث الخروج، ولو شرط أحدهما لصاحبه ثلث الخارج لا يوجب ذلك فساد

---

(١) وفي الأصل و ب: الأجير.

(٢) وفي الأصل و ف: المزارع.

المزارعة، فكذا إذا شرط ثلث الخارج للدخيل(١)، وفي مسألة المعاملة وضع المسألة فيما شرطا للدخيل مائة درهم، ولو شرط أحدهما لصاحبه مائة درهم أوجب ذلك فساد المعاملة، فكذا إذا شرط للدخيل، ولو شرط في باب المزارعة للدخيل مائة درهم نقول: إن المزارعة تفسد فيما بينهم جميعاً، وفي مسألة المعاملة لو شرط للدخيل ثلث الخارج لا تفسد المعاملة إلا أن هذا لا يقوى؛ لأن اشتراط بعض الخارج من أحدهما لصاحبه إنما لا يوجب الفساد؛ لأنه شرط جائز، وأما اشتراط ثلث الخارج للدخيل شرط فاسد حتى لم يستحق الدخيل ثلث الخارج، وإنما يستحق أجر المثل على المزارع الأول، وإذا كان شرطاً فاسداً، وإذا شرط في المزارعة أوجب فسادها.

ومنهم من قال: المزارعة جائزة رواية واحدة، والمعاملة فاسدة رواية واحدة.

والفرق أن في مسألة المعاملة صاحب النخيل مستأجراً للعامل، وأجر الأجير على المستأجر، فلا يستقيم إيجاب أجر أحدهما على الآخر، وفي مسألة المزارعة العامل مستأجر للأرض، وللمستأجر أن يستأجر غيره، فإيجاب البدل عليه صحيح، لكن لو كان ذلك مشروطاً في عقد المزارعة، وذلك لا يلائمه فسد العقد في حقه خاصة.

١٨٤١٦ - وإذا شرط رب النخيل بعض أعمال المعاملة على العامل، وسكت عن الباقي، بأن سكت عن ذكر السقي مثلاً، فإن كان المسكوت عنه شيئاً لا بد منه لتحصيل الخارج بأن كان الشجر لا يخرج أصلاً بدون السقي، أو يخرج بدون السقي شيء لا يرغب فيه مثل هذا النخيل، أو يخرج شيء مرغوب إلا أنه يبس بدون السقي، ففي هذه الوجوه المعاملة فاسدة، وأما إذا كان المسكوت عنه لا يؤثر في الخارج أصلاً، أو يؤثر في جودته، ويكون ذلك معلوماً للحال، أو كان لا يُدرى في الحال أنه هل يؤثر في زيادة الخروج أم لا يؤثر؟ فالمعاملة جائزة.

وإن شرط رب النخيل السقي على نفسه، فإن كان يعلم أن السقي لا يؤثر في الخارج(٢)، فالمعاملة فيها جائزة، وإن شرط عمل رب النخيل، وإن كان يعلم أن السقي لا يؤثر في تحصيل الخارج أصلاً أو جودة، فالمعاملة فاسدة، وإن كان لا يدرى أن السقي

(١) وفي الأصل و[illegible]: للرجل.
(٢) وفي الأصل [illegible]: في تحصيل الخارج.

المناصفة بين ربي الأرض باطلة، وإن كان اشتراط المناصفة باطلة في مسألة المزارعة؛ لأن الذي شرط ثلث الثلث من نصيبه شرط لنفسه زيادة شيء من نصيب صاحبه، وليس له في نصيب صاحبه لا أرض، ولا بذر، ولا عمل، والخارج لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة، بيان هذا الكلام أنا نجعل الخارج على ثمانية عشر سهمًا لحاجتنا إلى حساب له نصف، ولنصفه ثلث، أما الحاجة إلى النصف؛ لأن الخارج بين ربي الأرض نصفان لما كان البذر بينهما نصفان، أما الحاجة إلى ثلث الثلث فلأنهما شرطا للمزارع ثلث الخارج ثلثاه من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر، وأقل حساب له نصف، ولثلث ثلث ثمانية عشر، فجعلنا الخارج على ثمانية عشر لكل واحد من ربي الأرض تسعة، وقد شرطا للمزارع من ذلك الثلث ستة، أربعة من نصيب من شرط عليه ثلثا الثلث يبقى له خمسة، وسهمان من نصيب من شرط عليه ثلث الثلث يبقى له سبعة، وهو معنى قولنا: إن الذي شرط ثلث الثلث من نصيبه شرط لنفسه شيئًا من نصيب صاحبه، والطريق ما ذكرنا، ولكن المزارعة جائزة.

طعن عيسى بن أبان في جواب المسألتين، وقال: لا فرق بينهما، فينبغي أن يحكم بفسادهما أو بجوازهما؛ لأن العقد لزم الفصلين، والجواز بجميع المسألتين؛ ثم من بعد هذا، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في المعاملة رواية في المزارعة بالفساد، وما ذكر في المزارعة رواية في المعاملة بالجواز، فيصير في المسألتين روايتان.

وجه رواية الجواز: أنه لم يجز بين المشارط والمشروط له عقد المزارعة والمعاملة؛ لأن الشرط الفاسد جرى بين ربي الأرض وبين ربي النخيل، وهو اشتراط أحدهما بعض الخارج من نصيب صاحبه لنفسه، ولم يجر بين ربي الأرض وبين ربي النخيل المزارعة، والمعاملة إنما جرت بين ربي الأرض والمزارع وبين ربي النخيل والعامل، وهذا الشرط لم يجر بينهم، والشرط الفاسد إنما يوجب فساد العقد إذا جرى بين المتعاقدين، على ما ذكرنا هذا فيما تقدم.

وجه رواية الفساد: أن المشارط للشرط الفاسد عاقد في هذا العقد، والمشروط له عاقد في هذا العقد أيضًا، وإنه شرط ما لا تقتضيه المزارعة والمعاملة، وللمشروط له فيه منفعة، فيوجب فساد المزارعة والمعاملة جميعًا.

ومن المشايخ من قال : بين المسألتين فرق .

والفرق أن في مسألة المزارعة العقد إن كان واحداً من حيث الحقيقة ، فمن حيث الاعتبار هما عقدان ، عقد مزارعة فيما بين ربي الأرض والمزارع ، وعقد شركة بين ربي الأرض ، وإنما أثبتنا عقد الشركة بين ربي الأرض ؛ إذ لم يتحققا ذلك ؛ لأن ربي الأرض لا يستحقان الخارج بملك البذر ، وإنما يستحقان الخارج بعقد الشركة ، ألا ترى أن أحدهما لو زرع هذه الأرض ببذره بغير إذن صاحبه كان الخارج كله للمزارع .

١٨٤١٩ - وكذلك لو زرعه غاصب ، فدل أنهما لا يستحقان الخارج بملك البذر ، وإذا لم يستحقان بملك البذر الخارج ، رجعنا إلى إثبات عقد الشركة بينهما لاستحقاق الخارج ، وشرط المناصفة جرى بينهما ، فأثبت بينهما عقد الشركة ، وعقد الشركة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وفي مسألة المعاملة الثابت عقد واحد حقيقة ومعنى ، وهو عقد المعاملة ؛ لأنا لا نحتاج إلى إثبات عقد الشركة فيما بين ربي النخيل لاستحقاق الخارج من النخيل ؛ لأنهما يستحقان الخارج بملك النخيل من غير عقد ، ألا ترى أنه لو لقح أحدهما النخيل من غير إذن صاحبه ، أو غاصب آخر كان الخارج بينهما ، وإذا لم يحتج إلى إثبات عقد آخر كان الثابت عقداً واحداً حقيقة ومعنى ، وهو عقد المعاملة ، وقد شرط عقداً فاسداً ، والشارط عاقد والمشروط له عاقد ، والمعاملة تفسد بمثل هذا الشرط .

ومن المشايخ من قال : إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع مسألة المزارعة أن شرط المناصفة بين ربي الأرض كان معطوفاً على المزارعة ، وما كان مشروطاً فيه ، فإنه قال : وما بقي ، فهو بينهما نصفان ، والشرط الفاسد إذا كان معطوفاً على العقد لا يوجب فساد العقد ، وموضوع مسألة المعاملة أن شرط المناصفة كان مشروطاً في المعاملة ، والشرط الفاسد إذا كان مشروطاً في العقد يوجب فساد العقد حتى إن في المعاملة لو كان معطوفاً لا يوجب فساد المعاملة ، وفي المزارعة لو كان شرط المناصفة مشروطاً في العقد يوجب فساد المزارعة ، وإلى ما قلنا أشار محمد رحمه الله في الكتاب حيث قال : تعليل مسألة المعاملة ؛ لأن صاحب النخل شرط في الإجارة لنفسه فضلاً من نصيب صاحبه ، وهذا مما يفسد الإجارة - والله أعلم - .

١٨٤٢٠ - وإذا دفع الرجل إلى رجل نخيلاً معاملة على أن يعمل ، فيكون النخيل

والخارج بينهما نصفان كانت المعاملة فاسدة، فالمراد من هذه المسألة إذا بلغت الأشجار وأثمرت وصارت بحيث لا تزيد بعد العمل. فقد ذكرنا قبل هذا أن الأشجار ما دامت تزيد، فالمعاملة فيها جائزة. والفرق بين هذا وبينما إذا دفع الرجل إلى غيره أرضًا فيها زرع قد صار بقلا على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد، فما أخرج الله تعالى من شيء، فهو بينهما نصفان كان ذلك جائزًا، وفي الموضعين وجدت الشركة في الأصل والفرع جميعًا.

ووجه الفرق أن البقل ثمة يتغير بعمل العامل، ويصير شيئًا آخر بعمله، فيشبه من هذا الوجه البذر.

ولو دفع بذرًا أو أرضًا إلى رجل مزارعة على أن يكون الخارج بينهما نصفان يجوز، كذا ههنا، فأما النخيل لا يتغير بعمل العامل ولا يصير شيئًا آخر، وكان بمنزلة الأرض في المزارعة، ولو شرطا في المزارعة أن تكون الأرض بينهما نصفان لا يجوز، كذا ههنا.

١٨٤٢٦ - وإذا دفع الرجل إلى آخر أرضًا بيضاء ليغرس فيها أغراسًا على أن الأغراس والثمر بينهما، فهو جائز؛ لأنهما شرطا الشركة في جميع ما يخرج بعمل العامل؛ لأن نبات الغرس يضاف إلى عمل العامل، ألا ترى أنه لو كان غاصبًا كان الغرس له، وهذا جائز في المزارعة، فكذا في المعاملة استدلالا بها، وإن شرطا أن يكون الأغراس لأحدهما، والثمار للآخر، لا يجوز؛ لأن هذا الشرط قاطع للشركة فيه؛ لأنه ربما لا يثمر النخل في تلك المدة، فصاحب الثمر لا يصيبه شيء، ولأن المعاملة تجوز بخلاف القياس بالأثر والتعامل، ولا أثر في هذه الصورة ولا تعامل، فترد إلى أصل القياس.

وإن شرطا أن يكون الأغراس بينهما، والثمر خاصة لأحدهما بعينه، فهذا فاسد للوجهين اللذين ذكرناهما، وإن شرط أن يكون الثمر بينهما نصفان، والأغراس خاصة لأحدهما بعينه، فإن شرطا الأغراس لصاحب الأرض فهذا جائز، وإن شرطا الأغراس للعامل ولم تكن الأغراس من جهته، فذلك فاسد، والقياس أن لا يجوز في الوجهين جميعًا، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله في «النوادر»؛ لأن الفرع إنما

يملك تملك الأصل، فإذا كان الأصل لأحدهما خاصة يجب أن يكون الفرع كله له، لكن عرفنا ذلك بالأثر وتعامل الناس، فإن رسول الله ﷺ دفع نخيل خيبر معاملة بالنصف[1]، وكانت الشركة في الفرع لا في الأصل.

وإن شرط أن يكون الثمار بينهما، وسكتا عن الأغراس، فالأغراس لمن كان الأغراس من جهته؛ لأن الأغراس ملك صاحبها، فالخارج منها يكون ملكًا له، وما يستحق غيره من ذلك يستحق بحكم الشرط، فما لم يشترط لغيره يبقى على ملكه، فلهذا قال: الأغراس لصاحبها.

١٨٤٢٢ - وإذا دفع الرجل إلى غيره أرضًا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا أو شجرًا أو كرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من نخل أو كرم أو شجر فهو بينهما نصفان، وعلى أن الأرض بينهما نصفان، فهذا فاسد؛ لأن هذه معاملة شرط فيها شرى فاسد؛ لأن رب الأرض اشترى أغراسًا مجهولة ببعض الأرض على أن يدفع الأغراس إليه معاملة، بيان شراء الأغراس ببعض الأرض أن رب الأرض يقابل نصف الأرض بإزاء الأغراس وبإزاء عمل العامل، فيكون بعض هذا النصف بإزاء الأغراس، فيكون شراء، فهذا هو معنى قولنا: إن هذه معاملة شرط فيها شراء فاسد؛ لأن الأغراس مجهولة.

فإذا فسدت هذه المعاملة، وقبض العامل الأرض على هذا، وغرسها نخلا أو شجرًا أو كرمًا، فأخرجت ثمرًا كثيرًا، فجميع النخل والكرم والشجر لرب الأرض؛ لأن رب الأرض اشترى الأشجار منه شراء فاسدًا، وصار قابضًا لها حكمًا لاتصالها بملكه، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس للغارس وأجر مثل عمله؛ لأنه بعد الشراء صار دافعًا للأغراس إليه معاملة فاسدة؛ لأن المعاملة كانت مشروطة في الشراء، فقد استوفى منفعة عمله بحكم عقد فاسد.

وكذلك لو لم يشترط له رب الأرض شيئًا من الأرض، ولكن قال له: اغرسها

---

(١) والحديث أخرجه البخاري في "صحيحه" ٢/ ٨٢١ (٢٢٠٦-٢٢٠٣)، والبيهقي في "الكبرى" ٦/ ١١٥ حديث (١١٤٠٦)، ٦/ ١٣٤، وابن ماجه في "سننه" ٢/ ٨٢٤ حديث (٢٤٦٨)، والطبراني في "الأوسط" ٢/ ٢٠٥ حديث (١٧٢٤) وفي "الصغير" ١/ ١٣٦ حديث (١٩٢)، وأخرجه أبو عوانة في "مسنده" ٣/ ٣١١ حديث (٥٠٩٥) وابن عبد البر في "التمهيد" ٩/ ٣١٣.

شجراً أو نخلا أو كرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بينهما نصفان، وعلى أن لك علي مائة درهم أو كر حنطة أو نصف أرض أخرى بعينها سوى الأرض التي غرس فيها فهذا كله فاسد.

١٨٤٢٣ - وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا أو شجراً أو كرمًا، والغرس من عند رب الأرض على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بيننا نصفان، وعلى أن للعامل على رب الأرض مائة درهم أو كر حنطة وسط، فهذا فاسد، والخارج كله لرب الأرض.

وإنما فسدت المعاملة؛ لأن جواز المعاملة عرف بالأثر وتعامل الناس، والأثر جوزها ببعض الخارج وحده، والناس تعاملوها ببعض الخارج وحده، ففي كل موضع شرط مع بعض الخارج شيء آخر يبقى على أصل القياس، وههنا شرطا مع بعض الخارج مائة درهم للعامل على رب الأرض، ولو كان الغرس من قبل العامل، وشرط لرب الأرض مع نصف الخارج مائة درهم على العامل، وباقي المسألة بحالها، فهذه المعاملة فاسدة أيضًا؛ لأن رب الأرض صار مؤاجراً أرضه ببعض الخارج ومائة درهم، وإجارة الأرض ببعض الخارج وشيء آخر لا يجوز.

١٨٤٢٤ - وفي "النوازل": دفع إلى آخر أرضًا ليغرس فيها الأشجار والكرم بقضبان من قبله، أي من قبل المدفوع إليه، ولم يوقتا وقتًا، فغرس المدفوع إليه، وأدرك الكرم وكبرت، واستأجر الأرض كل سنة بغلة مسماة، فبأخذه أي يأخذ رب الأرض من المستأجر وقت الربيع قبل النيروز أن يرفع أشجاره قال: إذا أخذه في وقت لا ثمر فيه، فله ذلك.

قال القاضي الإمام فخر الدين: عندي إن كان ذلك قبل تمام السنة، وقد استأجر الأرض مشاهرة، لا يجبر المستأجر على قلع الأشجار؛ لأنه لا ضرر على الغارس حينئذ في رفع الأشجار، وفي "المنتقى": أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: في رجل أعار رجلا أرضًا، فأمره أن يغرس فيها نخيلا، ثم إن صاحب الأرض أراد أن يأخذ الأرض منه أن عليه قيمة الأشجار.

قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف جواب الأصل.

وجه ما ذكر في "المنتقى": أن الأشجار إلى غرس للدوام وهو أذن له فيه، فبأخذ الأرض يصير غارًا، فلدفع الغرر أوجبنا القيمة.

وجه ما ذكر في "الأصل": أن المستعير مغتر[1]، وليس بمغرور؛ لأنه غرس الأشجار معتمدًا على إذنه مع علمه أن مبنى هذا الإذن على الجواز دون اللزوم.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس عليه القيمة إلا أن تكون العارية موقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت، فحينئذ تلزمه القيمة، وجه ذلك أن التوقيت في العارية لا بد له من فائدة، وذلك بأن يتعلق بها بعض أحكام العقد اللازم إن لم يتعلق بها جميعه.

وفي كتاب الشروط في الرجل يسكن الرجل داره سنة، وأذن له أن يبني فيها بناء، ففعل ثم أراد صاحب الدار أن يخرجه، قال: يخرجه ويضمن له قيمة البناء عند علمائنا الثلاثة إلا أن يقول المستعير: البناء أحب إلي من القيمة، فحينئذ له أن ينقضه، قالوا: تأويل هذا إذا كان رفع البناء لا يضر بالأرض ضررًا فاحشًا، فيكون الخيار للمستعير، فأما إذا كان يضر فالخيار لرب الأرض؛ لأن رب الأرض صاحب الأصل، والباني صاحب تبع، وأبدًا يكون الخيار لصاحب الأصل، فإن لم يوقت لذلك وقتًا، وأراد أن يخرجه، فله ذلك، وليس عليه قيمة البناء.

١٨٤٣٥ - وفي "النوازل" أيضًا: إذا دفع إلى ابن له أرضًا ليغرس فيها أغراسًا على أن الخارج بينهما نصفان، ولم يوقت له وقتًا، فغرس فيها، ثم مات الدافع، وخلف الابن المدفوع إليه، وورثة سواه، فأراد باقي الورثة أن يكلفوا الابن المدفوع إليه قلع الأشجار كلها ليقسموا الأرض.

قال: إن كانت الأرض تحتمل القسمة قسمت بينهم، فما أصاب حصة الغارس، فذلك له مع غرسه، وما وقع في نصيب غيره كلف قلعه، وتسوية أرضه إن لم يجر بينهم صلح، وإن كانت الأرض لا تحتمل القسمة كلف قلع الكل إلا إذا جرى بينهم صلح؛ لأن في الوجه الأول أمكن دفع الضرر عنه بقدر بعض الأشجار، وفي الوجه الثاني تعذر دفع الضرر، فيتعين القلع.

١٨٤٣٦ - إذا دفع أرضًا إلى رجل على أن يغرس فيها أغراسًا على أن الخارج

(١) وفي الأصل وم: مغر، وفي ف: مغير.

بينهما، فانقضت المدة يخير رب الأرض، إن شاء غرم نصف قيمة الشجر ويملكها، وإن شاء قلعها، ولو كان مكان العامل مستأجر، فانقضت المدة، فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار، وليس لرب الأرض أن يملك الأشجار من غير رضا المستأجر إذا لم يكن في قلع الأشجار ضرر فاحش بالأرض، والفرق أن الأشجار تبع للأرض من وجه لقيامها بالأرض، ولهذا تدخل في بيع الأرض من غير شرط، وهي أصل من وجه حتى جاز بيعها بدون الأرض، فلجانب الأصالة لا يتملكها رب الأرض على الغارس بالقيمة من غير رضاه، إذا لم تكن فيها شركة بمنزلة صاحب السفل؛ لأنه لا يتملك على صاحب العلو العلو بالقيمة من غير رضاه، ولجانب التبعية يتملك على الغارس نصيبه بالقيمة من غير رضاه إذا كان شريكاً فيها، وهذا لأنه إذا كان شريكاً في الأشجار كان له منع الشريك من القلع؛ لأنه يستبقي نصيبه من الأشجار في أرض نفسه، فلا يكون لأحد أن يبطل عليه هذا الحق بالقلع من غير رضاه، وقبل القلع لا تتحقق القسمة بينهما حتى يخلص للعامل حصته، فكان لرب الأرض تملك نصيب الغارس ضرورة؛ لأنه صاحب أصل وشريك في البيع بخلاف ما لو لم يكن لرب الأرض شركة في الأشجار؛ لأن المستأجر يتمكن من قلع أشجاره من غير ضرر لرب الأرض، فلا يتملكها عليه رب الأرض إلا أن يكون قلعها يضر بالأرض ضرراً شديداً، أو يكون استهلاكاً، فحينئذ يكون لرب الأرض أن يغرم المستأجر قيمة أشجاره من غير الضرر، ويتملكها عليه من غير رضاه، وتمامه في باب أثر العذر في المزارعة.

١٨٤٢٧ - إذا دفع الرجل كرمه إلى غيره معاملة، وقام عليه العامل مدة ثم تركه، ثم جاء عند الإدراك يطلب الشركة، إن كان رده على صاحبه بعد ما خرجت الثمر والعنب، وصارت بحال لو قطعت كان لها قيمة لا تبطل شركته، وهو شريك على الشرط المتقدم، وإن كان رده قبل خروج الثمرة، أو بعد خروجها، ولكن في وقت لو قطعت لم يكن لها قيمة، فلا شركة له فيها، وإذا دفع النخيل معاملة، فأراد العامل أن يضع الوصل على الأشجار، فأصل القضيب على الدافع، ثم العمل في الوصل من ضرب آلة الشق حتى ينشق الشجر، فيدخل قضيب الوصل في الشق، وما أشبه ذلك إلى أن يتم الوصل على العامل، وعلى هذا القضيب الذي يتخذ منه الغرس على صاحب الكرم، والعمل ليصير غرساً على العامل، وكذلك الدعائم على صاحب الكرم،

ونصيبه في الكرم من العامل على هذا جرت العادة في ديارنا، وعليه الفتوى.

١٨٤٢٨ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل غرس أشجارًا في أرض رب الأرض بغير إذنه، فلما كبر الأشجار اختصما فيها، كان رب الأرض مقرًا أن الحارث غرس الأشجار من ملك نفسه، فالأشجار للحارث، ولكن لا تطيب له ديانة فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان بغير أمره، وإن كان غرس بأمره من غير شرط شركة يطيب له؛ لأن رب الأرض صار معيرًا الأرض للغارس.

١٨٤٢٩ - وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا غرس على حافة نهر قرية ثالة فنبتت، والغارس في عيال رجل، ومن جملة خدمه، فقال الرجل: الشجرة لي؛ لأنك كنت خادمي أو في عيالي حين غرست، فإن كانت الثالة للغارس فالشجرة له، وإن كانت الثالة للرجل، فإن كان الغارس في عياله يعمل له مثل هذا العمل، فالشجرة لصاحب الثالة؛ لأن الظاهر شاهد لصاحب الثالة، وإن لم يكن يعمل له مثل ذلك العمل ولم يغرسها بإذنه، فهو للغارس، وعليه قيمة الثالة؛ لأنه استهلكها على صاحب الثالة.

وكذلك لو كان الغارس قلع الثالة من أرض رجل وغرسها فهي للغارس، وعليه لصاحب الأرض قيمة الثالة يوم قلعها.

١٨٤٣٠ - وفيه أيضًا: رجل دفع إلى رجل أرضًا ليغرسها له كرمًا والثالة من الدافع، فلما أدرك الكرم، قال الغارس لصاحب الأرض: سرقت مني الثالة التي دفعتها إلي وأنا غرستها من عندي، فقلعها لا يصدق المدفوع إليه على الغرس الذي في الأرض، والقول قوله في أن الثالة التي دفعها إليه سرقت منه حتى لا يكون عليه ضمان الثالة؛ لأنه أمين أخبر عن هلاك الأمانة.

الفصل السادس

في رب الأرض والنخيل إذا تولى العمل بنفسه

١٨٤٣١ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا دفع الرجل أرضه إلى رجل مزارعة بالنصف، ثم إن رب الأرض تولى الزراعة بنفسه، فهذا على وجهين: الأول أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وإنه على وجهين أيضاً: الأول أن يتولى الزراعة بأمر المزارع، وإنه على ثلاثة أوجه: إما إن استعان المزارع برب الأرض، وفي هذا الوجه الخارج بين الأرض وبين المزارع على ما شرطا نصفان؛ لأن عمل المعين منقول إلى المستعين، وكأن المزارع تولى الزراعة بنفسه.

فإن قيل: البذر إذا كان من قبل رب الأرض فالمزارع أجير، والأجير إذا استعان بالمستأجر لإقامة العمل الذي استؤجر عليه لا يستحق أجراً على المستأجر كما في الإجارة المحضة الخياط إذا استعان برب الثوب لأجل خياطة ثوبه، وخاطه رب الثوب تبطل الإجارة حتى لا يستوجب الخياط على رب الثوب أجراً.

قلنا: المزارعة إجارة ابتداء شركة انتهاء، فكانت إجارة من وجه شركة من وجه، فمن حيث إنه إجارة إن كان يبطل متى تولى رب الأرض الزراعة لنفسه، من حيث إنه شركة لا يبطل كما في المضاربة إذا استعان المضارب برب المال ليعمل في المضاربة، فعمل لا يبطل المضاربة، ويكون الربح بينهما، فوقع الشك في بطلان المزارعة بعد انعقادها وصحتها، فلا تبطل بالشك، قالوا: إنما يكون الزرع بينهما على ما شرطا إذا لم يقل رب الأرض وقت المزارعة: أزرعها لنفسي. أما إذا قال: أزرعها لنفسي يكون الخارج كله لرب الأرض وتنتقض المزارعة، وهذا لأن صاحب البذر يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر، وقوله: أزرعها لنفسي نقض للمزارعة دلالة؛ لأنه لا يعد زارعاً لنفسه إلا بعد نقض المزارعة، إلا أن محمداً رحمه الله أطلق الجواب إطلاقاً.

قال شيخ الإسلام: والجواب على ما أطلق محمد رحمه الله صحيح؛ لأن صاحب البذر إنما يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر حال حضرة صاحبه لا حال غيبته،

فهذا التعليل يشير إلى أن المزارع لو كان حاضرا وقت زراعة رب الأرض، وقال رب الأرض: أزرعها لنفسي أنه ينتقض المزارعة.

الوجه الثاني من هذا الوجه: إذا استأجر المزارع رب الأرض بدراهم معلومة ليعمل عمل المزارعة، وفي هذا الوجه الإجارة باطلة، والمزارعة على حالها؛ لأنه استأجره ليعمل عملا هو فيه شريك؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء، وحال ما استأجر رب الأرض فهو شريك فيه، فلا تصح الإجارة بهذا الطريق[1] كما قلنا: إن المضارب إذا استأجر رب المال بدراهم معلومة ليعمل في مال المضاربة لا تصح الإجارة.

الوجه الثالث من هذا الوجه: إذا دفع المزارع الأرض إلى رب الأرض مزارعة بطائفة من حصته من الزرع، وفي هذا الوجه المزارعة الثانية باطلة، والمزارعة الأولى على حالها.

١٨٤٣٢- هذا إذا تولى رب الأرض المزارعة بأمر المزارع، فأما إذا تولاها بغير أمره والبذر من جهة رب الأرض، فإنه يصير ناقضا للمزارعة؛ لأن صاحب البذر يملك نقض المزارعة بالقول، فيملك نقضها بالفعل الذي هو دليل النقض، وهو استرداد البذر والأرض، وزرعها لنفسه دليل النقض، وإن كان البذر من قبل المزارع، فالجواب في هذا الوجه فيما إذا زرع بأمر المزارع، أو بغير أمر المزارع نظير الجواب في الوجه الأول إلا في خصلة؛ لأن رب المال إذا زرع بغير أمر المزارع في هذا الوجه يضمن للمزارع بذرا مثل بذره عليه.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض، أو من قبل المزارع، وأمر المزارع رب الأرض حتى يستأجر أجيرا في ذلك، فالخارج بين رب الأرض والمزارع على ما اشترطا؛ لأن استئجار رب الأرض الأجير بإذن المزارع كاستئجار المزارع الأجير بنفسه، ويرجع رب الأرض بأجر الأجير على المزارع، بخلاف ما إذا استعان المزارع برب الأرض، ولم يأمره باستئجار الأجير، فإن هناك لا يرجع رب الأرض على المزارع بأجر الأجير؛ لأن استئجار الأجير هناك ما حصل بأمر المزارع، أما ههنا بخلافه.

والجواب في المعاملة نظير الجواب في المزارعة، حتى إن من دفع نخيلا له إلى رجل

---

(١) وفي الأصل: بهذا الطريق حتى قلنا

معاملة بالنصف على أن يلقحه ويحفظه ويسقيه، فاستعان العامل برب النخيل في ذلك، وفعل صاحب النخيل ذلك بنفسه، فالخارج بينهما على ما شرطا، ولو كان صاحب النخيل فعل ذلك بغير أمر العامل، وفعل ما ذكرنا، فالخارج كله لصاحب النخيل، وتنتقض المعاملة، وإن كان صاحب النخيل لا يملك نقض المعاملة من غير عذر؛ لأنه إن كان لا يملك ذلك قصدًا، فههنا المعاملة انتقضت حكمًا من حيث إن صاحب النخيل صار عاملًا لنفسه.

ولو كان صاحب النخيل أخذ النخيل بعد ما خرج الطلع، وقام عليها بغير إذن العامل فالخارج بينهما، ولو أخذها قبل خروج الطلع وقام عليها، ثم أخذها العامل منه بغير أمره، وقام عليها حتى صار تمرًا، فجميع ذلك لصاحب النخيل.

١٨٤٣٣ - وإذا دفع أرضًا وبذرًا مزارعة بالنصف، ثم إن المزارع بعد ما قبض الأرض دفعها إلى رب الأرض مزارعة على أن للمزارع الثلث ولرب الأرض الثلثان، فالمزارعة الثانية فاسدة، وما خرج فهو بينهما نصفان.

فإن قيل: المزارع إذا شرط الثلثين لرب الأرض فقد رضي بأن يحط من نصيب نفسه السدس، فإذا لم تصح المزارعة الثانية لم لا يجعل ذلك من المزارع حطًا لذلك القدر من نصيبه في المزارعة الأولى، فيكون للمزارع الثلث بحكم المزارعة الأولى.

قلنا: المزارع حط عن نصيبه ذلك بعوض، وهو أن يسلم له عمل رب الأرض بحكم المزارعة الثانية، وعمل رب الأرض لم يسلم له بحكم المزارعة الثانية؛ لأنها لم تصح إنما وقعت عن المزارعة الأولى.

١٨٤٣٤ - وإذا دفع أرضًا مزارعة بالنصف، وشرط البذر على المزارع، فلما زرعها المزارع وسقاه ونبت، قام عليه رب الأرض بنفسه، وأجره وسقاه من غير أمر المزارع حتى استحصد، فالخارج بين رب الأرض والمزارع على ما شرطا.

ولو أن المزارع بذره إلا أنه لم يسقه ولم ينبت حتى سقاه رب الأرض بغير أمر المزارع، فالقياس أن يكون الخارج كله لرب الأرض؛ لأن البذر قبل النبات مستهلك في الأرض حقيقة، ألا ترى أنه يكون تبعًا للأرض إذا تكلف، فكان كونه في بطن الأرض ككونه على ظهر الأرض، ولو كان على ظهر الأرض، فأخذه رب الأرض وبذره

وسقاه، حتى نبت يصير ناقضاً للمزارعة، كذا ههنا.

وفي الاستحسان: يكون الخارج بينهما على ما شرطا في المزارعة؛ لأن سقي رب الأرض في هذه الحالة حصل بإذن المزارع دلالة؛ لأن البذر إنما يبذر في الأرض للنبات، والنبات لا يكون إلا بالسقي، والسقي مما لا يتفاوت فيه، فصار المزارع بعد إلقاء البذر مستعيناً بكل واحد من أفراد الناس لسقي الأرض دلالة.

هذا إذا بذره المزارع وسقاه رب الأرض بغير إذنه، فأما إذا بذره رب الأرض بغير إذن المزارع، فلم ينبت حتى سقاه المزارع بعد ذلك، وقام عليه حتى استحصد ذكر أن الخارج بينهما على ما شرطا. ولم يذكر القياس والاستحسان ههنا؛ لأن القياس في المسألة الأولى إنما جاء؛ لأنا اعتبرنا البذر في الأرض قبل النبات، كأنه على ظهر الأرض، ولو كان البذر على ظهر الأرض، وأخذها وبذره بغير أمر المزارع يصير ناقضاً للمزارعة.

ولو جاء المزارع وبذرها وسقاها بغير أمر رب الأرض كان الخارج بينهما على ما شرطا قياساً واستحساناً.

الفصل السابع
في دفع المزارع، أو العامل إلى غيره مزارعة أو معاملة

١٨٤٣٥ - وإذا أراد المزارع أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة فهذا على وجهين: الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه ليس له أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة إلا إذا أذن له رب الأرض بذلك نصاً أو دلالة بأن يقول رب الأرض: اعمل فيه برأيك؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض، فالمزارع بدفع الأرض إلى غيره مزارعة يشرك[1] غيره في مال رب الأرض، ورب الأرض إنما رضي بشركته لا بشركة غيره، ويمكن له أن يستأجر أجيراً عامله لإقامة عمل المزارع؛ لأن المزارع أجير إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وللأجير أن يستأجر أجيراً لإقامة العمل المشروط إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه.

ولو أنه دفع إلى غيره مزارعة بالنصف مع أن رب الأرض لم يأذن له بذلك لا نصاً ولا دلالة ذكر أن المزارعة جائزة بين المزارع الأول والثاني، ولا شيء لرب الأرض؛ لأن المزارع الأول صار مخالفاً، فصار غاصباً للأرض والبذر، ومن غصب أرضاً أو بذراً ودفع إلى غيره مزارعة صحت المزارعة بينهما على ما شرطا؛ لأن الغاصب يصير مستأجراً للعامل ليعمل له في الأرض المغصوبة، وذلك جائز ويكون الخارج بينهما على الشرط، ولرب الأرض والبذر أن يضمن أيهما شاء، وإن ضمن الأول لا يرجع به على الثاني؛ لأن الأول ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه دفع بذر نفسه مزارعة، وإن ضمن الثاني يرجع على الأول؛ لأنه صار مغروراً من جهته، وإن كانت الأرض قد انتقصت كان النقصان على المزارع الثاني دون الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله آخراً؛ لأن العقار عندهما إنما تضمن بالإتلاف دون الغصب، ومقدار ما انتقص إنما تلف بعمل الثاني دون الأول، وعلى قول محمد رحمه الله: صاحب الأرض في تضمين النقصان بالخيار، إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، ثم ينظر إلى ما أصاب

---

(١) وفي م: «يشترك».

المزارع الأول من نصف الخارج، فيطيب له من ذلك قدر ما غرم لرب الأرض، ويتصدق بالفضل؛ لأنه استفاد الفضل من أرض مغصوبة، وما أصاب المزارع الثاني من نصف الخارج قالوا: يطيب له جميع ذلك؛ لأن المزارع الأول صار غاصبًا للبذر مستهلكًا له بدفعه إلى غيره حتى تعلق به الاشتراك بالزراعة، فصار البذر ملكًا له بالضمان، والخارج كله تولد من ملك الأول، وقد جعل نصفه أجرة لعمله، فصار كما لو زرع بنفسه في أرض مغصوبة وحصل الخارج، فاستأجر ببعض الخارج من الأرض المغصوبة رجلاً ليعمل له عملاً من الأعمال، وهناك يطيب ذلك للأجير؛ لأنه ورد على المستفاد بسبب خبيث، والمستفاد بالخبيث بسبب حلال.

ثم إنما يصير المزارع الأول بالدفع إلى غيره مزارعة مخالفًا إذا كانت المزارعة الأولى والثانية وقعتا بصفة الجواز.

أما إذا وقعت إحداهما بصفة الفساد إما الأولى وإما الثانية لا يصير مخالفًا، أما إذا وقعت الأولى بصفة الفساد؛ فلأن المزارع إنما يصير مخالفًا بالاشتراك، ولم يثبت الاشتراك إذا وقعت الأولى فاسدة؛ لأنه لا شركة للمزارع الأول إذا كانت الأولى فاسدة، فلا يملك أن يشرك غيره، ألا ترى أنه لو عمل الأول حتى حصل الخارج لا يكون للمزارع الأول فيه شركة، فكذا إذا عمل غيره بأمره لا يكون له فيه شركة، وإن كانت الثانية فاسدة؛ فكذلك لا يصير الأول مخالفًا، وإن كان للأول شركة في الخارج؛ لأنه لا شركة للثاني في الخارج، بل هو أجير للأول يستأجره، وللأول أن يستأجر غيره لإقامة العمل له.

١٨٤٣٦ - يتصل بما قدمنا من المسائل: إذا دفع أرضًا وبذرًا مزارعة، وشرط رب الأرض للمزارع النصف، فدفع المزارع إلى آخر مزارعة، وشرط الأول للثاني عشرين قفيزًا من الخارج، حتى فسدت المزارعة الثانية، فإن الأول لا يصير مخالفًا، وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الأول على الشرط، وللمزارع الثاني على المزارع الأول أجر مثل عمله، وإن كان البذر من قبل المزارع، وفسدت المزارعة الأولى بأن شرط رب الأرض للمزارع الأول عشرين قفيزًا، وشرط الأول للثاني نصف الخارج أو ثلثه، فأخرجت الأرض زرعًا كثيرًا، فجميع ما خرج بين المزارعين، ولرب الأرض أجر مثل

الأرض على المزارع الأول؛ لأن المزارعة الأولى لما فسدت، صار المزارع الأول مستأجراً للأرض إجارة فاسدة، فيجب عليه أجر مثل الأرض.

وأما إذا أذن رب الأرض والبذر للمزارع بذلك نصاً أو دلالة، بأن قال له: اعمل فيه برأيك، وقد كان شرط رب الأرض للمزارع الأول النصف، فدفع الأول إلى الثاني مزارعة بالنصف، جازت المزارعة الثانية، وما أخرجت الأرض من الزرع، فنصفه لرب الأرض، ونصفه للمزارع الثاني، وخرج المزارع الأول من البين؛ لأن شرط الأول النصف للثاني انصرف إلى نصيبه تحرياً للجواز كما في المضاربة. فلم يبق للمزارع الأول شيء.

وإن شرط المزارع الأول على المزارع الثاني أن نصف الخارج لرب المال والنصف الآخر بين المزارع الأول والثاني أثلاثاً أو نصفان، فذلك جائز أيضاً، والخارج بينهم على الشرط أيضاً.

الوجه الثاني: أن يكون البذر في المزارعة الأولى من جهة المزارع، وفي هذا الوجه الأول أن يدفع الأول مزارعة إلى الثاني سواء أذن له رب الأرض بذلك نصاً أو دلالة، بأن قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك؛ لأن البذر من قبل المزارع الأول، فهو بالدفع إلى غيره مزارعة يشترك الثاني في مال نفسه، لا في مال رب الأرض، وله هذه الولاية.

حين دفع المزارع الأول الأرض مزارعة إلى غيره، وقد كان المشروط في المزارعة الأولى المناصفة في الخارج، فشرطا في المزارعة الثانية المناصفة في الخارج جازت المزارعة الثانية، وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الثاني نصفان، ولا شيء للمزارع الأول. وإن شرطا في المزارعة الثانية أن للمزارع الثاني ثلثا الخارج جازت المزارعة.

فرق بين هذه وبينما إذا كان البذر من قبل رب الأرض في المزارعة الأولى، وقد كان رب الأرض قال للمزارع الأول: اعمل فيه برأيك، ودفع المزارع الأول إلى غيره مزارعة على أن للمزارع الثاني ثلثا الخارج حيث لا تجوز المزارعة الثانية.

ثم في مسألتنا إذا جازت المزارعة كان ثلثا الخارج للمزارع الثاني، وثلثه لرب الأرض، ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر مثل ثلث الأرض؛ لأن المزارع الأول استأجر من رب الأرض بنصف الخارج، فيكون بمقابلة كل ثلث من الأرض سدس نصف

الخارج، وهو سدس الكل، ولم يسلم[١] لرب الأرض سدس الخارج الذي هو بمقابلة ثلث الأرض، فيرجع عليه رب الأرض بأجر مثل ثلث الأرض.

١٨٤٣٧ – ولو كان المزارع الأول دفع الأرض إلى غيره عارية ليزرعها لنفسه كانت الإعارة جائزة، وإذا زرعها المستعير سلم الخارج له، ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر مثل جميع الأرض؛ لأنه استأجر الأرض منه بنصف الخارج، ولم يسلم لرب الأرض شيء من الخارج.

فرق بين هذا وبينما إذا لم يُعِر الأرض من غيره ولم يزرع بنفسه، أو أعار من غيره، ولم يزرعها المستعير، فإنه لا يغرم المزارع الأول لرب الأرض شيئًا من أجر مثل الأرض.

والفرق أن المزارع الأول استأجر الأرض بنصف الخارج، والإجارة متى عقدت ببعض الخارج لا يجب لرب الأرض أجر إذا لم يحصل الخارج، ومتى لم يُعِر ولم يزرعها بنفسه، أو أعارها ولم يزرعها المستعير لم يحصل الخارج فلا يجب عليه الأجر، أما ههنا قد زرعها المستعير وحصل الخارج إلا أنه استحق الخارج غيره، وكان على المستأجر قيمة منافع الأرض كما لو استأجر الأرض بثوب بعينه، ثم استحق الثوب.

١٨٤٣٨ – قال: وإذا دفع إلى رجل نخيلا معاملة بالنصف، ولم يقل: اعمل برأيك، فدفع المال إلى آخر معاملة، فعمل فيه، فما خرج، فهو لصاحب النخيل، وللعامل الآخر على العامل الأول أجر مثله فيما عمل بالغًا ما بلغ، ولا أجر للعامل الأول؛ لأنه لما لم يقل: اعمل برأيك لم يملك الدفع إلى غيره معاملة؛ لأنه يكون إيجاب الشركة في مال الغير، والعامل الأول لم يعمل بنفسه، وعمل الثاني غير مضاف إليه في حق صاحب النخيل؛ لأن العقد الأول لم يتناوله، فلا يستحق الأجرة.

وأما للعامل الثاني أجر مثله على الأول؛ لأنه أوفى العمل، وقد استأجره الأول، فيستحق أجر المثل عليه.

قالوا: وقوله: "بالغًا ما بلغ" قول محمد رحمه الله، فأما عند أبي يوسف رحمه

(١) وفي الأصل: "ولم يسم".

الخارج بالشرط لمكان الفساد، فلم تثبت الشركة، فبقي العمل داخلا تحت العقد الأول؛ لأن نفعه عاد إلى أن يستحق بعضه، وإنما لم يثبت لما فيه من إثبات الشركة، وإذا لم تثبت الشركة لم يصر غاصبا، وكذا إذا كان الشرط الأول جائزا، والثاني فاسدا، أو كان الأول فاسدا، والثاني جائزا؛ لأن الثاني لا يستحق شيئا من عين الخارج، إذا فسد العقد الأول؛ لأنه لا حق للأول فيه، حتى يثبته لغيره.

١٨٤٤٠ - وفي "النوازل": دفع أرضه إلى رجل ليزرعها ببذرهما جميعا والبقر من عند الأكار على أن الخارج بينهما نصفان، فشارك الأكار في نصيبه رجلا، فعمل معه. فالمزارعة والشركة فاسدتان، أما فساد المزارعة فلأن رب الأرض أعطى منافع نصف أرضه للعامل، وشرط عليه العمل لنفسه في النصف الباقي، فلا يمكن تصحيحهما عارية؛ لأنه لم يعر عن العوض، ولا إجارة لجهالة الأجرة، ففسدت المزارعة، وإذا فسدت المزارعة فسدت الشركة؛ لأنها بناء على المزارعة الفاسدة، وإذا فسدت الشركة أيضا فسد ذلك الزرع بين الدافع وبين المدفوع إليه على قدر بذرهما؛ لأنه خرج من ملكهما، ولصاحب الأرض على العامل الأول أجر مثل نصف الأرض؛ لأنه استعمل نصف أرضه بحكم عقد فاسد، وعلى المزارع الأول للثاني أجر مثل عمله؛ لأنه عمل له بإجارة فاسدة، وليس للمزارع الأول على رب الأرض أجر مثل العمل؛ لأنه عمل فيما هو شريك فيه، فلا يستوجب بذلك أجرا، ويتصدق المزارع الأول بفضل نصيبه وما غرم؛ لأنه فضل زرع خرج من أرض غيره بإجارة فاسدة.

الفصل الثامن

في المزارعة يشترط فيه المعاملة

١٨٤٤٠ - المعاملة إذا شرطت في المزارعة ينظر: إن كان البذر من قبل العامل فسدت المزارعة والمعاملة جميعاً، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازت المزارعة والمعاملة جميعاً.

ولو كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازتا أيهما كان البذر، أما إذا كان البذر من قبل العامل فقد شرطت المعاملة في المزارعة.

صورته: رجل دفع إلى رجل أرضاً بيضاء فيها نخيل مزارعة على أن يزرعها العامل ببذره بالنصف على أن يقوم على النخيل ويسقيه ويلقحه، فكل ذلك فاسدان جميعاً، وذلك لأنهما عقدان مختلفان وقد شرط أحدهما في الآخر، فيفسدان جميعاً كما لو قال: دفعت إليك الأرض مزارعة تزرعها ببذرك بالنصف على أن تؤاجر دارك، أو تبيع عبدك مني، وإنما قلنا: عقدان، وذلك لأن البذر إذا كان من قبل المزارع، فالمزارع مستأجر الأرض بنصف الخارج على أن يؤاجر المزارع نفسه من رب الأرض ليعمل في النخيل ببعض الخارج، فكانا عقدين شرط أحدهما في الآخر، ففسدا جميعاً.

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض جازا جميعاً؛ لأنه عقد واحد من حيث الحكم والمعنى إن كانا عقدين من حيث الصورة؛ لأن المعقود عليه واحد من حيث الحقيقة والمعنى، فإن المعقود عليه منافع العامل في المزارعة والمعاملة جميعاً متى كان البذر من قبل رب الأرض من حيث الحقيقة والمعنى كذلك؛ لأن عمل المزارعة والمعاملة من حيث المعنى شيء واحد، فإنه في المزارعة تلقيح وسقي وحفظ، وفي المعاملة تلقيح وسقي وحفظ، فكانا شيئاً واحداً من حيث المعنى، وإذا كان المعقود عليه واحداً حقيقة ومعنى كان العقد واحداً من حيث المعنى؛ لأنه لا يتصور في المعقود عليه عقدان في وقت واحد، وإنما يتصور عقد واحد، وإذا كان العقد واحداً من حيث المعنى والاعتبار، صار تقدير هذا العقد كأنه قال: استأجرتك لتزرع أرضي وتعمل في نخلي بنصف الخارج

منهما ، ولو صرح بهذا كان جائزًا ، وكان بمنزلة ما قالوا : قال : استأجرت منك هذين العبدين شهرًا بكذا على أن يخدمني هذا ، ويزرع الآخر أرضي ، وذلك جائز ، فكذلك ههنا .

فأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فالمعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما منافع الأرض ، والآخر منافع العمل ، ويتصور عقدان في شيئين ، فكانا عقدين حقيقةً ومعنًى ، شرط أحدهما في الآخر ، ونظير هذا ما قال في " الزيادات " : إذا قال : بعت منك هذا العبد بألف درهم على أن بعتك هذه الجارية بمائة دينار ، وقبل المشتري فسد العقدان جميعًا ؛ لأن المعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما عبد ، والآخر جارية ، وقد شرط بيع الجارية في العبد ، فسدا جميعًا .

ونظير ما إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض من البيع أن يكون العبد واحدًا ، فقال : بعت منك هذا بألف درهم ومائة دينار ، وقبل المشتري كان جائزًا ؛ لأن المعقود عليه واحد ، وقد عقد العقد عليه ببدلين مختلفين معلومين فجاز ، فكذلك هذا المعقود عليه شيء واحد حقيقةً ومعنًى ، إلا أنه عقد العقد عليه ببدلين مختلفين معلومين فكان جائزًا .

١٨٤٤٢ - فرق بين هذا ، وبينما إذا دفع الأرض مزارعة بالنصف ليزرعها ببذر من قبل رب الأرض على أن يخيط لرب الأرض ثوبًا بعشرة دراهم فسدتا جميعًا ، وإن كان المعقود عليه واحدًا في الأرض والثوب جميعًا ، وهي منفعة العامل .

والفرق بينهما أن في مسألة الخياطة المعقود عليه إن كان واحدًا من حيث الحقيقة ، وهي منافع العامل ، فهو شيئان باعتبار المعنى ؛ لأن عمل الزراعة[1] غير عمل الخياطة حقيقةً ومعنًى ، وكان المعقود عليه شيئين باعتبار المعنى ، ويتصور في شيئين عقدان ، وكان عقدين حقيقةً ومعنًى شرط أحدهما في الآخر ، فسدا جميعًا .

فأما في مسألتنا هذه : فالمعقود عليه شيء واحد حقيقةً ومعنًى ، أما حقيقة فلا إشكال ؛ لأن المعقود عليه في المزارعة والمعاملة منافع العامل ، ومن حيث المعنى ؛ لأن عمل الزراعة وعمل المعاملة واحد من حيث المعنى ، ولا يتصور في شيء واحد في وقت

(١) وفي ب : المزارعة .

وجد عقدان، فكان العقد واحداً من حيث المعنى.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله: فيمن دفع غلاماً إلى حائك ليعلمه[1] الحياكة خمسة أشهر كل شهر بكذا، وعلى أن يعطيه الحائك بعد خمسة أشهر كل شهر كذا، أن الإجارتين جائزتان، وإن شرط أحدهما في الآخر؛ لأن وقت الإجارتين مختلف، فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد، فلم يكن أحدهما مشروطاً في الآخر من حيث المعنى، وإن كان أحدهما مشروطاً في الآخر من حيث الحقيقة، فكذلك هذا.

وأما إذا كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازت المزارعة والمعاملة جميعاً؛ لأنه لم يشترط أحدهما في الآخر، وإنما عطف أحدهما على الآخر؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط، ومتى عطف عقد على عقد، فإنه يجوز العقدان جميعاً، وكان بمنزلة ما لو قال: بعتك هذا العبد، وأجرتك هذه الدار، جازا جميعاً؛ لأنه عطف أحدهما على الآخر، ولم يشرط أحدهما في الآخر.

ولو قال: بعتك هذا العبد بألف على أن أجرتك هذه الدار شهراً بعشرة دراهم فسدا جميعاً.

وعن مسألة الحائك استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة الفتوى.

وصورتها: رجل استأجر من آخر أرضاً بدراهم بإجارة ليكارة، وبر آنكه خداوند زمين را بحكم مزارعة اگر خواهد زمين را گندم كارد، فقد قيل: تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت في إجارة، وكانت صفقة في صفقة، وقيل: لا تفسد الإجارة، وهو الصحيح؛ لأن وقت العقدين مختلف، فلا يتصور اجتماعهما في وقت واحد، فلا يصير أحدهما مشروطاً في الآخر معنى، وإن كان أحدهما مشروطاً في الآخر صورة، ألا ترى أن في مسألة الحائك حكمنا بجواز الإجارتين وإن كانت إحداهما مشروطة في الأخرى؛ لأن وقت الإجارتين مختلف، فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد، فلم يكن أحدهما مشروطاً في الآخر معنى، كما في مسألتنا -والله أعلم-.

---

(١) وفي ب و م: ليعلمه.

الفصل التاسع

في الخلاف في المزارعة

١٨٤٤٣ - وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا على أن يزرعها حنطة، فليس له أن يزرع غير الحنطة، وإن كان ذلك أهون على الأرض وأقل ضررًا من الحنطة بخلاف ما إذا استأجرها بدراهم ليزرعها حنطة، فزرع فيها ما هو أقل ضررًا بالأرض من الحنطة حيث يجوز، ويستحق الأجر.

١٨٤٤٤ - والفرق أن في المزارعة الأجر يتغير بزراعة غير الحنطة، وفي الإجارة لا يتغير؛ لأن في الإجارة الأجر دراهم، وهو كذلك سواء زرعها حنطة أو شعيرًا، وكذلك لو قال: خذ هذه الأرض مزارعة تزرعها حنطة، أو قال: لتزرعها حنطة، أو قال: فازرعها حنطة بالنصف، فهذا كله شرط حتى لو زرعها غير الحنطة يصير مخالفًا؛ لأن قوله: تزرعها حنطة لتزرعها حنطة، فازرعها حنطة لا يستقيم الابتداء به، فيجعل متعلقًا بما قبله، فيصير مشروطًا.

ولو قال: وازرعها حنطة -بالواو- هل يكون شرطًا أو يكون مشورة؟ لم يذكر هذه المسألة في المزارعة، وذكر في المضاربة إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، وقال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف واعمل بها في الكوفة، فهذا مشورة حتى لو عمل بها في غير الكوفة لا يصير مخالفًا.

فمن مشايخنا من قال: يجب أن يكون الجواب في المزارعة كذلك؛ لأن قوله: وازرعها حنطة مما يستقيم الابتداء به، فلا يعتبر متعلقًا بما قبله، فلا يصير شرطًا كما في المضاربة، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول: يعتبر هذا القدر شرطًا في المزارعة؛ لأنه لو اعتبر شرطًا كان هذا بيانًا لنوع البذر، فتجوز المزارعة قياسًا واستحسانًا، ولو جعلناه مشورة لا يكون بيانًا لنوع البذر، فلا تجوز

نفي زرعه قياساً بخلاف البصرة ؛ لأن بيان مكان العمل ليس بشرط لصحة المضاربة قياساً واستحساناً ، فلا ضرورة إلى أن يجعل قوله ، ويعمل بالكوفة ، نهيه عما يستقيم الابتداء به متعلقاً بما قبله - والله أعلم - .

الفصل العاشر

في الزيادة من رب الأرض والنخيل أو المزارع أو العامل

١٨٤٤٥ – يجب أن يعلم أن الزيادة من رب الأرض، ومن المزارع في البدل قبل انتهاء المزارعة نهايتها جائزة، وحدثت الزيادة من صاحب البذر، أو ممن لا بذر من جهته، وبعدما انتهت المزارعة نهايتها بأن أدرك الزرع، فالزيادة من صاحب البذر لا تصح، وكان الخارج بينهما على ما اشترطا في المزارعة، والزيادة من غير صاحب البذر لا يصح، أما الزيادة قبل انتهاء المزارعة إنما جازت من الجانبين؛ لأن الزيادة إنما وُجدت في حال تجوز ابتداء المزارعة على الخارج، فإن ابتداء المزارعة على الخارج ما دام الخارج في حد النماء جائز، فتجوز الزيادة أيضاً، كما في باب البيع والإجارة؛ وأما الزيادة بعد انتهاء الزرع نهايته إنما لم يجز من صاحب البذر؛ لأن الزيادة من صاحب البذر لا يمكن تجويزها بطريق الحط، والحط إنما يكون ممن له لا ممن عليه، فصاحب البذر مستأجر، والأجر عليه، فكيف يتصور منه الحط لو صححت الزيادة منه صححت زيادة حقيقة، وتعذر تصحيحها زيادة؛ لأن الزيادة إنما تصح إذا كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه؛ لأن الزيادة في البدل معتبرة بأصل البدل، والأصل يقتضي معقوداً عليه يكون بإزائه، فكذا الزيادة.

وإنما جازت من غير صاحب البذر؛ لأن تجويزها بطريق الحط ممكن؛ لأن من لا بذر من جهته آجير، والأجر حق الأجير، فيتصور منه الحط، وأمكن تصحيح الزيادة بطريق الحط، وإن لم يكن المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه؛ لأن الحط إخراج بعض البدل عن العقد، فيقتضي قيام البدل، لا كون المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه.

وعن هذا قلنا: إن من اشترى عصيراً، وقبضه فصار خمراً في يده، ثم إنه زاد في الثمن للبائع شيئاً لا تصح الزيادة، ولو حط البائع عن المشتري بعض الثمن صح الحط، وطريقه ما قلنا. بيان هذا الأصل من المسائل: رجل دفع إلى رجل أرضاً مزارعة بالنصف

مدة معلومة وشرط البذر على المزارع، فلما أدرك الزرع زاد المزارع لرب الأرض سدساً من نصيبه حتى صار لرب الأرض الثلثان وللمزارع الثلث، فالزيادة باطلة؛ لأن الزيادة حصلت من رب البذر في حال لا يجوز ابتداء المزارعة، وإذا لم يصح الزيادة صار الحال بعد الزيادة كالحال قبلها، وقبل الزيادة كان الخارج بينهما نصفين، فكذا بعد الزيادة.

وكذلك لو زاد رب الأرض للمزارع السدس، واصطلحا على أن يكون لرب الأرض الثلث، وللمزارع الثلثان، فذلك جائز، ويكون ذلك من رب الأرض حطاً عن بعض نصيبه. والحط منه جائز؛ لأنه لا بذر من جهته، ويكون لرب الأرض الثلث، وللمزارع الثلثان.

والجواب في المعاملة كالجواب في المزارعة إذا كان البذر من جهة رب الأرض، وفي المزارعة إذا كان البذر من جهة رب الأرض جازت الزيادة من قبل المزارع لرب الأرض قبل إدراك الزرع وبعده، ومن جانب رب الأرض جازت الزيادة للمزارع قبل إدراك الزرع، ولا يجوز بعده. فكذا في المعاملة.

الفصل الحادي عشر

فيما إذا مات رب الأرض أو انقضت المدة والزرع بقل وما يتصل بذلك من موت المزارع، أو موته في بعض المدة ويدخل في هذا الفصل بعض مسائل النفقة على الزرع

١٨٤٤٦ - إذا دفع رجل إلى رجل أرضًا مزارعة، والبذر من قبل المزارع، فمات رب الأرض بعدما نبت الزرع قبل أن يستحصد، فالقياس أن تنتقض المزارعة، ولورثة رب الأرض أن يأخذوا أرضهم، وفي الاستحسان: يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع، ومعنى قوله: يبقى العقد عقد المزارعة، ولا تثبت إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع، وإنما بقينا عقد المزارعة نظرًا للمزارع؛ لأنه لو لم تبق فورثة رب الأرض[1] يقلعون الزرع، فيتضرر به المزارع بإبطال حقه في الزرع، وهو غير متعنت في هذه المزارعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، ولو لم تنتقض عقد المزارعة يتأخر حق الورثة ولا يبطل؛ لأن للزرع غاية معلومة تنتهي إليه، والتأخير أهون من الإبطال.

هذا إذا قال المزارع: أنا لا أقلع الزرع، فأما إذا قال: أنا أقلع الزرع، فإنه لا يبقى عقد المزارعة، ولا يثبت إجارة مبتدأة؛ لأنا إنما بقينا عقد المزارعة في الفصل الأول صيانة لحق المزارع في الزرع.

فأما إذا قال: أنا أقلع الزرع، فقد رضي ببطلان حقه، وإذا لم يبق عقد آخر بقي الخيار لورثة رب الأرض، فإذا قال المزارع ذلك كان لورثة رب الأرض خيارات ثلاثة، إن شاؤوا قلعوا الزرع، ويكون المقلوع بينهم، وإن شاؤوا أنفقوا على الزرع بأمر القاضي حتى يرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرًا بالحصة، وإن شاؤوا غرموا حصة المزارع من الزرع، ويكون الزرع لهم.

---

(١) في الأصل: «ورثة رب الأرض يقلعون الزرع، فيقضي رب الضايع بإبطال حقه في الزرع».

هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة، فأما إذا مات قبل الزراعة ولكن بعدما عمل المزارع في الأرض بأن كرب الأرض، وحفر الأنهار، وسوّى المسناة تنتقض المزارعة، ولا يبقى صيانة لحقه في الأعمال، وهذا لأنا لو بقينا عقد المزارعة صيانة لحق المزارع في الأعمال، فقد أزلنا يد الورثة عن العين، وهو الأرض صيانة لحق المزارع في مجرد النفقة والعمل، وإنه لا يجوز.

أما في الفصل الأول: وهو ما إذا نبت الزرع لو نقضت عقد المزارعة، فقد أزلنا يد الورثة عن العين، وهو الأرض صيانة لحق المزارع عن عين الزرع، وإنه جائز.

ثم في هذه الصورة لا يغرم ورثة رب الأرض للمزارع شيئاً؛ لأنه ليس للمزارع عين مال قائم في الأرض إنما له مجرد عمل، وإنه لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، ولم يوجد على عمله عقد إنما وجد العقد على الأرض إذا كان البذر من جهة العامل.

١٨٤٤٧- وأما إذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة، فيه اختلاف المشايخ، ولو لم يمت رب الأرض في هذه الصورة، ولكن المزارع قد كان أخر الزراعة وزرع في آخر السنة، فانقضت السنة والزرع بقل لم يستحصد، فأراد رب الأرض أن يقلع الزرع وأبى المزارع، لا يمكن رب الأرض من القلع، ويثبت بينهما إجارة في نصف الزرع حكماً إلى أن يستحصد الزرع مراعاة لحق المزارع في الزرع، حتى يغرم المزارع نصف أجر مثل الأرض لرب الأرض، وفيما إذا مات رب الأرض في وسط المدة، وقال المزارع: لا أقلع الزرع لا تثبت إجارة مبتدأة، بل يبقى عقد المزارعة حتى لا يغرم المزارع لورثة رب الأرض شيئاً.

والفرق بينهما وهو أن رب الأرض متى مات قبل انقضاء مدة المزارعة، والزرع بقل، فحاجتنا إلى إبقاء المزارعة، لا إلى إثبات الإجارة.

وإذا بقيت المزارعة على حالها تعذر إيجاب الأجر؛ لأنه يكون جمعاً بين الأجرين بإزاء منفعة الأرض في مدة واحدة، وهي بعض الخارج، وأجر المثل دراهم ودنانير، وإيجاب ضمانين بإزاء عين واحد لا يجوز، فإيجاب بدلين بإزاء منفعة واحدة لا يجوز، والمنفعة دون العين أولى، فأما إذا انقضت مدة المزارعة فحاجتنا إلى إثبات الإجارة، فمتى أوجبنا الأجر على المزارع بعد انقضاء مدة المزارعة لا يكون جمعاً بين أجرين بإزاء

منفعة الأرض في مدة واحدة، بل يكون إيجابًا بالأجرين في مدتين مختلفين، وهذا جائز، فإنما فارق انقضاء مدة المزارعة موت رب الأرض من هذا الوجه لهذا.

ثم قال: والعمل عليهما نصفان حتى يستحصد الزرع؛ لأن المزارعة بمضي المدة انتهت نهايتها، وجميع العمل على المزارع إنما يجب بعقد المزارعة، فإذا انتهت المزارعة نهايتها كان العمل عليهما على قدر ملكيتهما في الزرع كما لو زرعا بأنفسهما، وهذا بخلاف ما لو مات رب الأرض في وسط السنة، والزرع بقل فإن جميع العمل على المزارع حتى قال: لا أقلع الزرع، وذلك لأن هناك بقينا المزارعة صيانة لحق المزارع في الزرع، وجميع العمل حال قيام المزارعة على المزارع، وإنما يغرم المزارع أجر مثل نصف الأجر؛ لأنا إنما أثبتنا الإجارة في نصف الأرض صيانة لحق المزارع في الزرع، والمشغول بزرعه نصف الأرض، وكان عليه أجر مثل نصف الأرض.

وهذا إذا لم يرد المزارع القلع، فإن أراد القلع كان لرب الأرض خيارات ثلاثة على نحو ما بيّنا في الفصل الأول في حق ورثة رب الأرض، وفرق بينهما إذا مات رب الأرض في وسط المدة والزرع بقل، وبينما إذا انتهت المدة والزرع بقل، فقال في فصل الموت: إذا أنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضي على الأرض، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرًا بالحصة، وفي فصل انتهاء المدة قال: إذا أنفق رب الأرض على المزارع بأمر القاضي، رجع على المزارع بنصف القيمة مقدرًا بالحصة.

والفرق بينهما أن في فصل الموت بقينا عقد المزارعة على ما أمر[1]، وإذا بقيت المزارعة كان جميع النفقة على المزارع إلى أن يستحصد الزرع، فإذا أنفق الورثة بأمر القاضي كان لهم الرجوع بحسب النفقة، ولكن مقدرًا بالحصة حتى لا يرجعوا بالزيادة على حصته من الزرع؛ لأن الرجوع بالزيادة على الحصة إجبار منا إياه على النفقة، وليس لنا ولاية الإجبار بعد موت رب الأرض، وأما بقدر الحصة فلا إجبار على ما مر.

وأما إذا انتهت المدة فالمزارعة انتهت نهايتها، وبعد انتهاء المزارعة النفقة عليهما نصفان، فرجع بنصف القيمة، ولكن مقدرًا بالحصة حتى لا يرجع بالزيادة على الحصة.

وفرق بين فصل الموت وبين فصل انتهاء المدة من وجه آخر، فقال: إذا مات رب

---

(١) وفي الأصل: وم مر.

الأرض في وسط المدة، وقال ورثة رب الأرض للمزارع: نحن نغرم قيمة حصتك من الزرع، فإنما يضمنون حصته من الزرع نابتًا غير مقلوع، وإذا انتهت المدة، وقال رب الأرض للمزارع: نغرم قيمة حصتك من الزرع، فإنما يغرم حصته من الزرع مقلوعًا.

والفرق أن في مسألة الموت بقينا عقد المزارعة للمعنى الذي ذكرنا، وإذا بقينا عقد المزارعة، كان للمزارع حق الترك والقرار حكمًا لبقاء المزارعة، فورثة رب الأرض تملكوا عليه زرعًا نابتًا، فيضمنون قيمة حصته نابتًا، وأما إذا انتهت المدة، وأراد المزارع القلع لم يبق المزارعة، ولم تبق إجارة مستدامة حكمًا، ولم يبق للمزارع حق الترك والقرار، فرب الأرض إنما تملك زرعًا مقلوعًا حكمًا، فيضمن قيمته كذلك.

وإذا انقضت مدة المعاملة، ولم يبلغ الثمر بعد، وأبى العامل الصرم، فإنه يترك في يده بغير إجارة بحصته، فأما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل، فإنه يترك الأرض في يد المزارع بأجر؛ لأن في فصل المزارعة الترك بالأجر ممكن؛ لأن إجارة الأرض جائزة، أما في فصل المعاملة الترك بأجر غير ممكن؛ لأن إجارة النخيل لا يجوز، وقد وجب مراعاة حق العامل، فوجب الترك بغير أجر.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٨٤٤٨ – وإذا انقضت المدة، والزرع بقل، وأبى المزارع قلع الزرع، وترك الأرض في يده بإجارة حتى يجب عليه أجر مثل نصف الأرض على ما مر، كان العمل عليهما حتى يستحصد الزرع، وتكون النفقة عليهما أيضًا، فإن أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه، وبغير أمر القاضي، فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلي عليه.

وإن قال: هو مضطر في هذا الإنفاق؛ لأنه يحيي به حق نفسه، فلا يوصف بالتبرع.

قلنا: هو غير مضطر في ذلك؛ لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي.

١٨٤٤٩ – وإذا هرب المزارع في وسط السنة، والزرع بقل، فقام عليه رب

الأرض، وأنفق عليه حتى استحصد الزرع رجع على المزارع بما أنفق بالغاً ما بلغ غير مقدر بالحصة بخلاف ما تقدم من النفقات، والوجه ما ذكرنا أن في الرجوع بالزيادة على الحصة إجبار له على النفقة، وليس للقاضي ولاية الإجبار على النفقة فيما تقدم من المسائل.

وأما في مسألتنا هذه للقاضي ولاية الإجبار على النفقة، فإن المزارع لو كان حاضراً كان يجبره على النفقة، وكان لرب الأرض حبس حصة المزارع بعدما استحصد حتى يوفي نفقته؛ لأن هذا الدين إنما وجب لرب الأرض بسبب الزرع، فيكون الزرع محبوساً به كمن استأجر داراً أو عجل الأجرة، ثم انفسخت الإجارة في مضي المدة كان للمستأجر حق حبس المستأجر؛ لأن هذا الدين إنما وجب على الآجر بسبب هذا العين، فكان محبوساً به.

وإن اختلفا في مقدار النفقة، فالقول قول المزارع مع يمينه على علمه[1]؛ لأنه ينكر الزيادة.

١٨٤٥٠ – وإذا مات المزارع، والزرع بقل، فقالت ورثة المزارع: نحن نعملها على حاله حتى يستحصد الزرع فذلك لهم؛ لأن لهم حقاً في الزرع، وعملهم محترم واجب الرعاية، وإن قال ورثة المزارع: نحن نقلع الزرع ولا نعمل لم يجبروا على العمل؛ لأنه لا وجه إلى أن يجبروا على العمل بحكم العقد؛ لأن العقد ما جرى بين رب الأرض وورثة المزارع، ولا وجه أن يجبروا بحكم الإرث؛ لأن الإرث لا يجري في مجرد العمل، ألا ترى أن الكفيل بالنفس إذا مات، لا تجبر ورثته على تسليم النفس، وطريقه ما قلنا.

١٨٤٥١ – وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع بقل، وغاب أحدهما، وأنفق الحاضر بغير أمر القاضي، فقد ذكرنا أنه متطوع، فإن كان الغائب رب الأرض، فرفع المزارع الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق، فالقاضي لا يأمره بذلك ما لم يقم البينة على دعواه أن الزرع بينه وبين الغائب، فإذا قام على ذلك بينة، يأمره بالإنفاق، وليس سماع هذه البينة للقضاء على الغائب، فإن رب الأرض لو حضر، وأنكر الشركة، وقال:

(١) وفي الأصل: على ما علمه، لأنه ينكر الزيادة

الأرض والزرع كله لي وقد غصبتها[1] متى لا يكون له الرجوع بالنفقة على رب الأرض ما لم يعد البينة أن الزرع كان مشتركًا بينهما ، وإنما سماع هذه البينة لإيجاب الحفظ على القاضي ، وهذا لأن المدعي بما ادّعى يريد به إيجاب الحفظ على القاضي ؛ لأن حفظ مال الغائب واجب على القاضي ، فكان للقاضي أن يلتزم[2] ذلك بمجرد دعوى المدعي بدون البينة ، فقبل إقامة البينة إن شاء أمره بالإنفاق مقيّدًا ، بأن يقول له : أنفق إن كان الأمر كما وصفت ، وبعد إقامة البينة يأمره بالإنفاق مطلقًا حتمًا ، فيقول له : أنفق ، وإن خاف القاضي الهلاك على الزرع قبل إقامة البينة ، فإنه يأمره بالإنفاق مقيّدًا على نحو ما بيّنا ، وتقرير قول القاضي له : أنفق ، إن كان الأمر كما وصفت إن كان الزرع مشتركًا بينك وبين فلان ، فقد أمرتك بالإنفاق على أن لك الرجوع بالنفقة ، وإن لم يكن مشتركًا ، وقد غصبتها مزروعة ، فلا رجوع لك ، وإن أمرتك بالإنفاق .

١٨٤٥٢ - وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل ، فأراد رب الأرض أن يقلع الزرع ، وأبى المزارع ، فإنه لا يثبت للمزارع من الخيارات ما يثبت لرب الأرض حتى إن المزارع لو قال : أنا أعطي قيمة حصة رب الأرض من الزرع ليس له ذلك من غير رضا رب الأرض ، ولو أراد المزارع القلع ، فلرب الأرض ذلك من غير رضا المزارع .

والفرق أن صاحب الأرض صاحب أصل ، والمزارع صاحب تبع ، ولصاحب الأصل أن يتملك التبع من غير رضاء صاحب التبع ، وليس لصاحب التبع أن يتملك الأصل من غير رضا صاحب الأصل .

---

(١) وفي الأصل : "وقد غصبتها مني" .

(٢) وفي م وف : "أن لا يلتزم" .

الفصل الثاني عشر

في زراعة أحد الشريكين في الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب

١٨٤٥٣ - في "النوازل" عن محمد رحمه الله: في رجلين بينهما أرض، فغاب أحدهما، فلشريكه أن يزرع نصف الأرض، ولو أراد في العام الثاني أن يزرع، يزرع النصف الذي كان زرع، وفي موضع آخر إن علم أن الزرع ينفع الأرض ولا ينقصها، فله أن يزرع كلها، وإذا حضر الغائب، فله أن ينتفع كل الأرض مثل تلك المدة؛ لأن رضى الغائب في مثل هذا ثابت دلالة، وإن علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها، ويزيدها قوة ليس للحاضر أن يزرع شيئاً منه أصلاً، لأن الرضى غير ثابت ههنا.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته.

١٨٤٥٤ - وفيه أيضاً: إذا زرع أحد الشريكين الأرض المشتركة بغير إذن صاحبه، ولم يدرك بعد، فلشريكه أن يقاسمه الأرض، فما وقع في نصيب المزارع أقره، وما وقع في نصيب[1] الآخر، أخذه بقلعه، وضمنه ما دخل الأرض من النقصان بذلك، وإن كان الزرع قد أدرك، أو قرب من الإدراك غرم الزارع لشريكه نقصان نصف الأرض، وإن كان دخل فيه النقصان؛ لأنه في نصيب الشريك غاصب، وحكم الغصب هذا، وفي غصب "المنتقى": أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه، وتراضيا أن يعطيه الذي لم يزرع نصف البذر، ويكون الزرع بينهما نصفين، فإن كان ذلك بعد ما نبت الزرع جاز، وإن كان قبل نبات الزرع لا يجوز، وإن كان الزرع قد نبت، فأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع يقسم الأرض بينهما، فما أصاب الذي لم يزرع من الأرض قلع ما فيه من الزرع، ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان القلع، في بعض الكتب رجل زرع أرض غيره بغير إذنه، ثم إن الزارع قال لرب الأرض: ادفع إلي بذري وأكون أكاراً لك، فدفع، فقد قيل: إن كان الزارع قال: هذا في وقت كانت الحنطة المبذورة

---

[1] وفي ظ وم: نصف.

قائمة في الأرض، فذلك جائز، ويصير المزارع متملكًا الحنطة المزروعة بحنطة مثلها، وذلك جائز، ويصير المزارع آكارًا له، وتكون هذه المزارعة فاسدة على ما هو جواب الكتاب؛ لأنهما لم يبيّنا مدة المزارعة، وإن قال المزارع: هذه المقالة بعد ما نبتت الحنطة المزارعة لا يجوز.

١٨٤٥٥ - وعن أبي يوسف رحمه الله: في رجل أذن لرجل أن يزرع في أرضه، فزرعها، ثم أراد رب الأرض أن يخرجه من يده، فليس له ذلك حتى يستحصد الزرع؛ لا يجوز؛ لأن التغرير بالمؤمن حرام، فإن قال رب الأرض: أعطيك البذر ونفقتك وأخرجك ويكون ما زرعت لي، ورضي به المزارع، فإن كان لم يطلع شيء من الزرع لا يجوز؛ لأن الزارع يصير بائعًا للزرع، وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز، ولم يفصل بينما إذا كان هذا القول من رب الأرض حال ما كان البذر قائمًا أو مستهلكًا، فأما أن يقال: بأن تأويل هذه المسألة أن يكون هذا القول من رب الأرض بعد ما صار البذر مستهلكًا حتى تصير هذه المسألة موافقة للمسألة الأولى، أو يقال: بأن هذه المسألة تصير رواية في تلك المسألة أن البيع لا يجوز على كل حال.

١٨٤٥٦ - وفي «النوازل»: زرع أرض الغير ولم يعلم به صاحب الأرض إلا عند الاستحصاد، ورضي به حين علم، أو قال مرة: لا أرضى به، ثم قال: رضيت طاب الزرع للمزارع؛ لأن الموجب للخبث حق صاحب الأرض، فإذا رضي انتفى الموجب للخبث، وطاب له الزرع لهذا.

١٨٤٥٧ - وفيه أيضًا: ثلاثة نفر أخذوا أرضًا بالنصف ليزرعوها بالشركة، فغاب واحد فزرع الاثنان بعض الأرض حنطة، ثم حضر الآخر، وزرع بعض الأرض شعيرًا، فإن فعلوا ذلك بإذن كل واحد منهم، فالحنطة بينهم، ويرجع صاحب الحنطة على الآخر ثلث الحنطة التي بذرا، والشعير أيضًا بينهم، فيرجع صاحب الشعير عليهما أيضًا بثلثي الشعير الذي بذر، وإن فعلوا ذلك بغير إذن، فالحنطة تثلث لصاحب الأرض وثلثاها لهما، ويغرمان نقصان ثلث الأرض، ويطيب لهما ثلث الخارج.

وأما الثلث الآخر يرفعان منه نفقتهما ويتصدقان بالفضل، وهذا لأن ثلثي ذلك نصيبهما، فزرعاه فهو على الشرط في الثلث الآخر صارا غاصبين؛ فصار كل الخارج من

ذلك الثلث بينهما، فيحصل لهما ثلث الحنطة، ولصاحب الأرض ثلثها. وأما صاحب الشعير فله خمسة أسداس الشعير، ولرب الأرض سدسها؛ لأن ثلثي ذلك زرع غصباً، فالخارج منها يكون له، وزرع الثلث بحق، فيكون على الشرط، فنصفه يكون له، فيصير له خمسة أسداس الشعير، ولرب الأرض السدس، وعليه نقصان ثلثي الأرض، قيل: في نقصان الأرض بسبب الزراعة، إنه ينظر أن هذه الأرض بكم تشترى قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة، وبكم تشترى بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض.

وقيل: ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة، وبكم تستأجر بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض، وهذا هو الصحيح.

١٨٤٥٨ - وإذا انتقضت الأرض بزراعة الغاصب، ثم زال النقصان، ينظر إن زال بفعل رب الأرض لا يبرأ أصلاً، وإن زال بدون فعله، فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: إن زال قبل الرد على رب الأرض يبرأ، وإن زال بعد الرد على رب الأرض لا يبرأ، ومنهم من قال: يبرأ في الوجهين جميعاً، وبه يفتى، وكان كالمبيع إذا زال عنه العيب قبل القبض أو بعده تنقطع عنه خصومة المشتري في الحالين.

وكذلك إذا صالح مشتري الجارية بعد القبض عن بياض وجدها في إحدى عينيه، ثم زال البياض، رد ما قبض على البائع إلا إذا أزال بمعالجة المشتري، فحينئذ لا يرد.

١٨٤٥٩ - وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة، وشرط البذر على المزارع، فزرعها المزارع، فجاء مستحق، واستحقها أخذها المستحق بدون الزرع، وله أن يأمره بقلع الزرع وإن كان الزرع بقلاً، ولا يترك الأرض في يد المزارع بإجارة إلى أن يستحصد؛ لأنه تبين أنه كان غاصباً للأرض متعدياً في الزراعة، ويكون القلع على الدافع والمزارع نصفين؛ لأن الزرع مشترك بينهما، فتكون مؤنة القلع عليهما، ثم المزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع، ولا يرجع على الدافع بشيء، وإن شاء رد المقلوع عليه، وضمنه قيمة حصته نابتاً في أرضه، لا في أرض غيره، يريد بقوله: ضمنه قيمة حصته نابتاً في أرضه قيمة حصته من زرع له حق القرار، وهذا لأن الدافع بعقد المزارعة ضمن للمزارع

سلامة الزرع نابتًا في أرضه إلى أن يستحصد الزرع، فإذا لم يسلم جعل مغرورًا من جهته، فيرجع عليه بما غرمه، وقيمته نابتًا في أرض الدافع أكثر من قيمته مقلوعًا، أو نابتًا في أرض الغير، فيرجع بذلك.

ألا ترى أن من استأجر أرضًا بدراهم وزرعها، ثم استحقها مستحق، وأخذ الأرض، وأمر المستأجر بقلع الزرع، رجع على الآجر بقيمة الزرع نابتًا في أرضه لا أرض الغير، وطريقه ما قلنا: من ضمان السلامة، فكذا ههنا؛ لأن المزارع مستأجر للأرض إذا كان البذر من جهته، وهذا بخلاف من غصب أرضًا، فزرعها فجاء إنسان، وقلع الزرع، فإنه يضمن قيمته نابتًا في أرض الغير، يعني قيمة زرع ليس له حق القرار؛ لأنه أتلف زرعًا بهذه الصفة، أما ههنا بخلافه.

١٨٤٦٠- ثم إن أوجب الزرع نقصانًا في الأرض فللمستحق أن يضمن المزارع بلا خلاف، وليس له أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن غاصب العقار عنده لا يضمن إلا بالإتلاف، ولم يوجد من الدافع الإتلاف، وهذا إذا كان البذر من قبل المزارع، وأما إذا كان البذر من قبل الدافع، وأخذ المستحق الأرض، فأمرهما بالقلع وقلعا، فالمزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا شيء له غيره؛ لأن أجره قد تعين بالقلع، وإن شاء رد المقلوع على الدافع، ورجع عليه بأجر مثل عمله على قول الفقيه أبي بكر البلخي، وبقيمة حصته من الزرع على قول الفقيه أبي جعفر رضي الله عنه.

وجه قول الفقيه أبي بكر: إن بعد ما نبت الزرع صار الأجر معينًا، وهو نصف الخارج، ولهذا لو أراد الدافع أن يعطي أجره من محل آخر ليس له ذلك، فيعتبر بما لو كان معينًا في الابتداء، ولو استأجره الدافع للمزارعة بأجر معين، واستحق الأجر رجع الأجير على المستأجر بأجر مثل عمله، فههنا كذلك، وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر رحمه الله: أن الأجرة لم تكن عينًا وقت العقد لا حقيقة ولا اعتبارًا، إنما تعين من بعد، فإذا رده بالعيب وجب الرجوع بقيمة الأجر، لا بقيمة النافع كما لو كان الأجر مكيلًا أو موزونًا في الذمة، فقبضه، ثم وجد به عيبًا فرده.

ولو أن المستحق أجاز المزارعة لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في

الأمين. وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن الجواب فيه على التفصيل، إن كان البذر من جهة رب الأرض لا تصح إجازته؛ لأن العقد ما ورد على حق المستحق، إنما ورد على منافع العامل وذلك ملكه، وعلى بعض الخارج من بذر صاحب الأرض، وذلك ملكه أيضاً، وإنما يستوفي العقد ملك المستحق لا تعمل إجازته بعد الزراعة، وكان المشتري لا يتوقف على الإجازة؛ لأنه لم يتناول حق المجيز كذا ههنا. وإن كان البذر من قبل العامل صح إجازة المستحق قبل الزراعة، ولا يصح إجازته بعد الزراعة؛ لأن الإجارة وردت على منافع أرضه، فيتوقف على إجازته، كما لو باع ماله إلا أن إجازته إنما تعمل قبل الزراعة، ولا تعمل بعد الزراعة؛ لأن قبل الزراعة العقد لم ينته نهايته، وبعد الزراعة ينتهي نهايته، فلا تعمل إجازته.

وكان كمن آجر دار غيره شهراً، فأجاز صاحب الدار الإجارة، إن أجازه قبل مضي المدة جاز، وإن أجاز بعد مضي المدة لا يجوز؛ لأن بعد مضي المدة قد انتهى العقد نهايته، كذا ههنا.

وذكر هذه المسألة في الباب الأخير من إجارات القدوري عن محمد رحمه الله مطلقة من غير فصل بينما إذا كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض، وقال: إن كان الزرع قد استحصد أو لم يستحصد لحقته[1] الإجازة، وكان ما بقي للغاصب من الزرع، وهو للمالك؛ لأن المزارعة شيء واحد لا ينفرد بعضها عن البعض، وإذا أجازه المالك جاز، يريد بهذا الفرق بين الإجارة والمزارعة، فإن من غصب من آخر داراً وآجرها، ثم أجاز المالك العقد في بعض المدة، فأجر ما مضى للغاصب وما بقي للمالك؛ لأن العقد في باب الإجارة ينعقد ساعة فساعة، ففي حق ما مضى انعدم المعقود عليه، فلا يلحقه الإجازة بخلاف المزارعة؛ لأنها كالشيء الواحد، وإن استحصد الزرع لم تلحقه الإجازة وهو للغاصب؛ لأنه ذهب من الزرع، فقد انقضت المزارعة فلا تلحقها الإجازة، فما ذكر القدوري نص أن الإجازة تعمل بعد الزراعة قبل أن يستحصد الزرع، وإنه يخالف ما ذكر شيخ الإسلام، فيتأمل عند الفتوى.

١٨٤٦٦- وذكر في «المنتقى»: أبو سليمان عن محمد رحمه الله: رجل غصب

(١) وفي الأصل: وقد لحقه الإجازة.

الإجارة(١) قبل الزرعة أو بعده، فالإجارة(٢) باطلة حتى لا يكون لرب الأرض من الزرع شيء، والمعنى ما أشار إليه شيخ الإسلام رحمه الله: أن البذر إذا كان من قبل الدافع، فالعقد لم يرد على حق المستحق.

قال في "المنتقى": والأرض بعد الإجازة بمنزلة العارية في يد الغاصب والمزارع، فإن أراد رب الأرض أن يرجع عن إجازته، ويأخذ أرضه، فإن كان المزارع لم يزرع الأرض بعد، فله ذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض قبل الإجازة، ونبت بعد الإجازة، أو زرع بعد الإجازة، ونبت أو زرع بعد الإجازة لم ينبت فليس له أن يرجع فيما أجاز؛ لأن فيه تغرير المزارع، وإنه حرام، وكذلك إن كان المالك أجاز المزارعة بعدما سنبل الزرع إلا أنه لم يستحصد، فأراد أن يرجع فيما أجاز، فليس له ذلك، ولكن يقال للغاصب: اغرم له أجر مثل أرضه إلى أن يستحصد الزرع، ويقسمان المزارعة بين الغاصب والمزارع على ما كانا، فإن قال الغاصب: أنا أغرم الأجر بقدر حصتي من الزرع لم يجبر على أكثر من ذلك، وقيل للمزارع: اغرم أنت من أجر الأرض على قدر حصتك من الزرع، فإذا كان قد فعل ذلك، ووجب به كان عمل الزرع حتى يستحصد عليهما جميعاً؛ لأن الغاصب حين أبى أن يغرم الأجر كله صار كأنه زرع بينهما، فزرعاه في أرض رجل.

فإن قال الغاصب: لا أغرم من الأجر شيئاً، ولكني أقلع الزرع، فالمزارع بالخيار إن شاء قلع معه، وإن شاء أدى أجر مثل الأرض كاملة، وعمل في الزرع بنفسه وأجرائه، فإذا استحصد نظر إلى نصيب الغاصب، وأخذ من ذلك ما غرم من أجر الأرض، وأجر الأجراء من نصيب الغاصب، وكان الفضل للغاصب، ولا يأخذ من ذلك أجر عمله؛ لأنه لم يغرم ذلك إنما يأخذ الغاصب كل ما غرم من نصيبه، فأما ما عمله بنفسه فهو متطوع فيه، وإن قال المزارع: لا أغرم أجراً ولا أعمل في ذلك عملاً، وأنا أقلع الزرع، فإن أجمع الغاصب معه على ذلك قلعا وسلما الأرض لصاحبها، وإن أبى ذلك الغاصب كان للغاصب أن يؤدي أجر مثل الأرض، ويقال له: قم على الزرع فاعمله

---

(١) وفي ط: الإجازة.

(٢) وفي ط: فالإجازة.

بنفسه وأجرائه حتى يستحصده، فيأخذ من حصة المزارع ما غرم عنه من أجر الأرض، أو لا أجر(١)، أو كانا مباشرين مثل حال المزارع في الوجه الأول، وهذا كله إذا كان بقضاء قاضٍ، فأما إذا فعله أحدهما بغير قضاء القاضي، ولا رضاء من صاحبه، فهو متطوع فيه، ويسلم للآخر نصيبه منه كملاً، وليس على واحد منهما أن يتصدق بما أصابه من الزرع إلا ما وجب للغاصب من الزرع قبل أن يجيز رب الأرض المزارعة، ألا ترى أن رجلاً لو دفع إلى رجل مالاً مضاربة بالنصف، والمال مغصوب، فعمل به، ثم أخذ المغصوب منه المال، فإن الغاصب يتصدق بحصته من الربح، ولا يتصدق المضارب بشيء من حصته؛ لأنه كان أجيراً بذلك، فإنما أخذ أجر عمله.

وإذا أجاز رب الأرض المزارعة قبل أن يبذر، ثم بذر فلم ينبت، حتى أراد أخذ أرضه، فقال المزارع: أنا أدع المزارعة، ولا حاجة لي في العمل؛ لأن البذر لم ينبت، فقال الغاصب: أنا أدعي على المزارعة؛ لأن البذر قد فسد حين طرح في الأرض، قيل للغاصب: عليك أجر مثل الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإذا رضي بذلك وجب على المزارع أن يمضي على المزارعة، كما اشترط عليه الغاصب، ويكون الأجر كله على الغاصب لا يرجع على المزارع، ولا في حصته بشيء، فإن قال الغاصب: لا أعطي الأجر، وإنما أخذ البذر بعينه من رب الأرض، قيل للمزارع: أنت بالخيار إن شئت، فأبطل المزارعة، ويسلم للغاصب أخذ بذره، ولرب الأرض أخذ أرضه، وإن شئت، كان عليك مثل أجر الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإن رضي بذلك جازت المزارعة، ولم يكن لرب البذر على أخذ بذره سبيل، ويكون المزارع متطوعاً فيما غرم من أجر الأرض، ويكون المزارعة بينهما على ما اشترطا، لا يتصدقان بشيء مما وجب لهما من الطعام؛ لأن رب الأرض أجاز المزارعة، والبذر على حاله قبل أن ينبت، فيكون له قيمة، فلا يتصدق واحد منهما بشيء من زيادة الزرع بعد ذلك.

١٨٤٦٣ - وإذا غصب بذراً، وزرعه في أرض نفسه، فقبل أن ينبت كان لصاحب البذر أن يجيز فعله؛ لأن قبل النبات الحنطة قائمة في الأرض، فيعتبر بما لو كانت قائمة على وجه الأرض، وبعد النبات لا تعمل إجازته. ذكر شيخ الإسلام في آخر كتابه.

(١) في الأصل: «من أجر الأرض، أو لا بأجر»، وكذا في ك

الوجه الأول: إذا نبت الثاني كان الجواب على ما مر أنه يضمن قيمة بذره يعني يوم نبت الزرع الثاني مختلطًا بزرع رب الأرض، وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: إما إن كان الزرع الذي نبت إذا قلب مرة أخرى ينبت أو لا ينبت، ففي القسم الأول: الجواب على ما مر، وفي القسم الثاني: الزرع للثاني، وعلى الثاني: قيمة زرعه نابتًا؛ لأنه أتلفه كذلك.

١٨٤٦٧ - سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله: عمن بذر في أرضه بذرًا، ثم جاء آخر، فسقى تلك الأرض حتى أدرك الزرع، فإن الزرع في القياس للساقي، وعليه قيمة الحب مبذورًا في الأرض على شرط القرار إن سقاها قبل أن يفسد البذر في الأرض، وإن سقاها بعد ما فسد البذر قبل أن ينبت فلأنه لا قيمة له، فقد سقاه، فإن في القياس عليه قيمة نقصان الأرض تقوم الأرض مبذورة قد فسد حبه، وتقوم غير مبذورة، فيغرم قيمة نقصان ما بينهما، والزرع للساقي.

وإن كان سقاها بعد ما نبت الزرع، فصار له قيمة، فعليه قيمة الزرع يوم سقاها، والزرع للساقي، وإن كان سقى الأرض بعد ما استغنى الزرع عن السقي، لكن السقي ينفعه ويجوده، فإن الزرع لصاحب الأرض[1]، ولا شيء للساقي.

١٨٤٦٨ - وعنه أيضًا: لو أن رجلًا ألقى بذرًا في أرض غيره، ثم إن صاحب الأرض سقى الزرع، حتى أدركه أخذت فيها بالقياس، والزرع كله لصاحب الأرض، وعليه قيمة الحب إن كان سقاه، وهو حب قيمته مبذورًا في الأرض بغير حق القرار نبت، وإن كان سقاه بعد ما فسد الحب في الأرض، فخرج الزرع بعد ذلك، ولو لا السقي لم يكن يخرج، أو كان يخرج، ولكن لم يكن له قيمة، فالزرع لصاحب الأرض، ولا ضمان عليه لصاحب البذر.

ولو كان البذر من غير صاحب الأرض، والسقي من رجل آخر غير صاحب الأرض أيضًا كان سبيله معه كسبيل الساقي مع صاحب البذر والأرض جميعًا.

١٨٤٦٩ - وعنه أيضًا: لو أن رجلًا زرع أرضه، ثم جاء آخر، وألقى بذره في تلك الأرض حنطة، فخرج الزرع، إن خرج من غير سقي، فالزرع كله لصاحب

(١) في الأصل: فإن الزرع لصاحب الأرض من هذه الوجوه كلها، ولا شيء للساقي.

الأرض، وعليه قيمة الحب مبذوراً في الأرض على حق القرار في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، وإن ألقى البذر بعد ما فسد الحب في الأرض، ثم نبت بعد ذلك كله، فعليه نقصان الأرض خاصة، والزرع كله للغاصب، وإن بذر بعد ما خرج الزرع، وصار له قيمة، ثم أدرك ذلك كله مختلطاً، فعليه قيمة زرع رب الأرض نابتاً في الأرض على وجه القرار يوم ظهر اختلاطه[1] بزرع صاحب الأرض، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الزرع بينهما في هذه الفصول كلها على الشركة، وهذا كله إذا أدرك الزرع من غير سقي أو سقى صاحب البذر الذي لا أرض له، ولو أدرك الزرع بسقي صاحب الأرض[2] فالزرع كله لصاحب الأرض، وعليه الأجر، وقيمة حبه إن سقاه قبل أن يفسد حبه، وإن سقاه بعد ما فسد لم يلزمه الضمان.

(١) وفي الأصل (م): اختلافه.

(٢) وفي الأصل: صاحب الأرض لأرض.

الفصل الثالث عشر
في بيع الأرض المدفوعة مزارعة

١٨٤٧٠ - وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة ليزرعها المزارع ببذره وآلاته، فلما زرعها المزارع باعها رب الأرض، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون الزرع بقلاً، وفي هذا الوجه البيع موقوف على إجازة المزارع سواء باع الأرض مع الزرع أو باع الأرض بدون الزرع، أما إذا باع الأرض مع الزرع فلأن بعض الزرع ملك المزارع، وقد باعه رب الأرض بغير إذن المزارع، فيتوقف على إجازته، وكذلك يتوقف البيع في الأرض، وفي نصيب رب الأرض من الزرع على إجازة المزارع وإن كان ذلك خالص ملك رب الأرض؛ لأنه تعلق به حق المزارع؛ لأن المزارع استحق تبقية نصيبه في الأرض إلى وقت الحصاد ولو جاز البيع في الأرض، وفي نصيب رب الأرض من الزرع كان للمشتري قلع الزرع، فيبطل حق المزارع في تبقية الزرع، وتصرف المالك في ملكه إذا تعلق به حق الغير يتوقف على إجازة ذلك الغير كبيع المرهون، وكبيع المستأجر.

وأما إذا باع الأرض وحده فلأنه لو نفذ البيع في الأرض وحده يبطل حق المزارع في تبقية الزرع على ما ذكرنا.

فإن أجاز المزارع البيع في الأرض والزرع جميعاً نفذ البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة الزرع يوم البيع، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب الزرع فهو بين رب الأرض وبين المزارع نصفان.

هذا إذا أجاز المزارع البيع، فإن لم يجز البيع فالمشتري بالخيار، إن شاء تربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ البيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع لحق المزارع، فيعتبر بما لو عجز عن تسليمه لإباق العبد، وهناك المشتري يتخير، فههنا كذلك ذكر المسألة في الكتاب مطلقاً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتري إن كان علم بالمزارعة وقت الشراء، فلا

خيار له ، وإن لم يعلم ، فله الخيار ؛ لأن تعلق حق الغير بالبيع بمنزلة العيب ؛ لأنه يمنع المشتري عن الانتفاع به ، والعيب ما يوجب فوات منفعته ، والشراء مع العلم بالعيب لا يوجب الخيار ، هذا إذا باع الأرض والزرع جملة ، وإن باع الأرض وحده بدون الزرع ، فأجاز المزارع البيع ، فالمشتري بالخيار على نحو ما بيّنا .

وإن كان باع الأرض وحصته من الزرع ، وأجاز المزارع البيع أخذ المشتري الأرض وحصته رب الأرض بجميع الثمن ، وإن لم يجز المزارع البيع ، فالمشتري بالخيار ، فإن أراد المزارع أن يفسخ البيع في هذه الصورة ، فالصحيح أنه ليس له ذلك .

الوجه الثاني : إذا باع رب الأرض بعد ما استحصد الزرع ، فإن باع الأرض بدون الزرع ، أو باع الأرض بحصته من الزرع جاز البيع من غير توقف ؛ لأن التوقف في حق المزارع في الفصل الأول ، حتى لا يبطل حقه في بقية الزرع إلى وقت الاستحصاد ، وهذا المعنى لايتأتى هنا ، وإن باع الأرض مع جميع الزرع ينفذ البيع في الأرض ، وحصة رب الأرض من الزرع ، ويتوقف في نصيب المزارع ، فإن أجاز البيع نفذ البيع في نصيب المزارع أيضاً ، وكان للمزارع من الثمن حصة نصيبه من الزرع ، والباقي من الثمن لرب الأرض ، وإن لم يجز البيع يخيّر المشتري إذا لم يعلم بالمزارعة وقت الشراء لتفرق الصفقة عليه ، وإن كان صاحب الأرض باع الأرض والزرع بقل ، فلم يجز المزارع البيع ، فخير المشتري ، فلم يفسخ البيع حتى استحصد الزرع ، نفذ البيع في الأرض ، وحصة رب الأرض من الزرع ، وللمشتري الخيار إن شاء ، أخذ الأرض وحصة رب الأرض من الزرع بحصتهما من الثمن ، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ، وإن كان باع الأرض مع حصته من الزرع فلم يجز المزارع البيع ، ولم يفسخه المشتري حتى استحصد الزرع نفذ البيع ، وكان للمشتري أن يأخذهما بجميع الثمن ، ولا خيار له .

وكذلك إذا باع الأرض دون الزرع ، فلم يجز المزارع البيع ، ولم يفسخ المشتري حتى استحصد الزرع ، نفذ البيع في الأرض ، ولا خيار للمشتري .

١٨٤٧١ - فتاوى الفضلي : إذا دفع أرضه مزارعة ، ثم باعها قبل أن يزرع المزارع ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون البذر من قبل رب الأرض ، وفي هذا الوجه للمشتري أن يمنع المزارع من الزراعة ؛ لأن المشتري مستأجر المزارع ، ولا يمكنه

إمضاء الإجارة إلا بإتلاف المال، وهو مستأجر أجيرًا، ولا يقدر على إمضاء الإجارة إلا بإتلاف المال كان للمستأجر أن يمتنع عن ذلك. فبعد ذلك إن لم يكن المزارع شرع في العمل، ولم يعمل شيئًا من أعمال المزارعة، فلا شيء للمزارع حكمًا وديانة، وإن كان عمل بعض الأعمال نحو حفر الأنهار وإصلاح المسنيات، فكذلك حكمًا، ولكن ينبغي لرب الأرض أن يرضي المزارع فيما بينه وبين ربه باعتبار ما عمل له في أرضه بإذنه على وجه الشرع.

الوجه الثاني: إذا كان البذر من قبل المزارع، وفي هذا الوجه ليس للمشتري أن يمنعه من الزراعة؛ لأن المزارع في هذه الصورة مستأجر الأرض من رب الأرض ببعض الخارج مدة معلومة، ولو كان استأجرها بدراهم مدة معلومة، ثم باعها رب الأرض كان للمستأجر أن يعمل فيها، ويزرع إلى أن تمضي المدة، وليس للمشتري منعه كذلك هنا.

١٨٤٧٢ - وفيه أيضًا: وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل(١) والبذر من قبل رب الأرض، فلما زرع المزارع الأرض باع رب الأرض الأرض، فإن كان الزرع قد نبت وباع رب الأرض الأرض مع الزرع بعلة، بأن كان عليه دين فادح، لا وفاء له إلا من ثمن الأرض، فالبيع جائز، وليس للمزارع حق المنع، ويوزع الثمن على الأرض والزرع، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب الزرع، فهو بينه وبين المزارع نصفان، وإن كان الزرع لم ينبت بعد، فباع رب الأرض الأرض، فالبيع جائز، وحصة الأرض من الثمن لرب الأرض، ثم ينظر بعد ذلك إلى قيمة الأرض مبذورًا وغير مبذور، فذلك الفضل بينهما، والأرض والزرع كله للمشتري هكذا ذكر.

وهذا الجواب صحيح فيما إذا باع برضا المزارع، وأما إذا باع بغير رضا المزارع، فالبيع موقوف على إجازة المزارع، سواء باع الأرض بعدما نبت الزرع، أو قبل أن ينبت الزرع، ولكن القاضي يخرجه من الحبس إن كان محبوسًا إلى أن يستحصد الزرع إذا علم أنه لا وفاء له إلا من ثمن الأرض.

وإن كان البذر من قبل الأرض، فليس لرب الأرض بيع الأرض قبل المزارعة من

---

(١) في م: أجل.

غير عذر، وله بيعها بعذر، وبعد إلقاء البذر في الأرض ليس لرب الأرض بيعها بعذر وبغير عذر، وكذلك إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وألقى البذر في الأرض، فليس له بيعها بعذر وبغير عذر.

وفي فتاوى أبي الليث: رجل دفع أرضه مزارعة، فزرعها المزارع، ثم باع رب الأرض الأرض برضاء المزارع، فإن لم يكن الزرع قد نبت وقد كان البذر من قبل رب الأرض فلا شيء للمزارع من الثمن في الحكم؛ لأنه لا ملك له في البذر المبذور ولا حق؛ لأن حق المزارع إنما يثبت في الخارج، وإن كان البذر من المزارع، فله حصة قيمة بذره مبذوراً في الأرض[1]؛ لأن ذلك ملكه؛ وإن كان الزرع قد نبت وقد باع رب الأرض الأرض مع نصيبه من الزرع برضاء المزارع، فالبيع جائز ونصيب المزارع فيه قائم، وإن كان قد دفع النخيل معاملة، ثم باع النخيل قبل أن يخرج شيئاً، فلا شيء للعامل من الثمن، فإن باع النخيل بعد ما خرج الثمر مع جميع الثمر برضاء العامل، فالبيع جائز، وللعامل حصة نصيبه من الثمر، وإن باعها مع نصيبه من الثمر برضا العامل، فالبيع جائز في نصيبه ونصيب المزارع فيه قائم.

١٨٤٧٣ - وإذا باع الرجل أرضاً فيها زرع لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن في الأرض، فهو للمشتري، وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشتري حتى نبت، ولم يكن عفن عند البيع، فهو للبائع أيضاً، والمشتري متطوع فيما فعل، وهذا لأن الحنطة التي فسدت في الأرض، لا يجوز بيعها على الانفراد، فصار بمنزلة جزء من الأرض، فيدخل في البيع بخلاف ما إذا لم تفسد[2]، وكذلك لو نبت ولم يتقوم بعد، واختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله أنه للبائع على كل حال إلا إذا بيع مع الأرض، إما نصاً أو دلالة - والله أعلم -.

---

(١) وفي الأصل: فله قيمة حصته مبذوراً في الأرض.

(٢) وفي حاشية ط: تعفن.

١٨٤٧٧ - ومن العذر من قبل رب النخيل أو رب الأرض أن يلحقه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن النخيل أو الأرض، وعند ذلك لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء على رواية الزيادات؛ لأنهما في معنى الإجارة، وعلى رواية الزيادات لا بد لفسخ الإجارة من القضاء أو الرضاء، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضاء.

وبعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات، وبعضهم أخذوا برواية الأصل والجامع الصغير، فإذا طلب من القاضي النقض قبل البيع(1)، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك، ولكن يبيع بنفسه، ويثبت الدين عند القاضي حتى يقضي القاضي البيع، وينتقض العقد حكماً.

ثم إذا أراد صاحب الأرض البيع بعذر الدين، والبذر من قبل الزارع، فالحال لا يخلو إما إن كان العامل قد عمل في الأرض بحفر الكراب وتسوية المسناة وأشباه ذلك إلا أنه لم يزرعها(2)، وفي هذا الوجه كان لصاحب الأرض أن يبيعها، ولا شيء للعامل على رب الأرض؛ لأن العمل لا يتقوم إلا بالعقد أو شبهة العقد، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن البذر إذا كان من قبل الزارع، فالزارع يكون مستأجراً للأرض، فيكون العقد وارداً على منفعة الأرض لا على عمل العامل، فبقي عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد، فلا يتقوم على رب الأرض. فمقتضى هذا التعليل أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجراً للعامل، وكان العقد وارداً على منافع الأجير تتقوم منافعه وعمله على رب الأرض، ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، هكذا ذكره في شرح مزارعة شيخ الإسلام رحمه الله، وينبغي أن يكون الجواب على هذا التفصيل فيما إذا انقضت مدة الزراعة، وأخذ رب الأرض إخراج الأرض من يد الزارع، فإن أراد الزارع أن يرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله أنه إن كان البذر من قبل المزارع ليس له ذلك، وإن كان من قبل رب الأرض أن له ذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض ونبت الزرع فليس لرب الأرض أن يبيع الأرض حتى يستحصد الزرع؛ لأنه لو باعه باعه لحق رب الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بالبيع(3) يبطل حق الزارع عن

(1) وفي الأصل: من البيع.

(2) وفي الأصل: لم يزرعها.

(3) وفي الأصل وب: إلا أن البيع.

فهرس المحتويات